Der Mantelkauf

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von
BODO DANERT
Gerichtsreferendar in Berlin.

Berichterstatter: Professor Dr. Ruth.

19 35

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN ELTERN.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544704_0098

SCHRIFTTUM.

Arndt, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 8. Aufl., Freiburg 1914.

Becher, Der Handel mit Aktienmänteln und GmbH.Mänteln, in Zentralblatt für Handelsrecht (ZBl. f. H.) 1927, S. 130 ff.

Becker, Wirtschaftliche Neugründungen bei der GmbH., in Rundschau für GmbH. (GmbH.R.) 1927, S. 46. ff.

— Mängel der GmbH.Novelle vom 28. Juni 1926, in ZBl. f. H. 1928 S. 2 ff.

— Steuerumgehung. Insbesondere Umgehung der Gesellschaftssteuer durch Erwerb der Rechtsform einer abgestorbenen GmbH., in Steuer und Wirtschaft (St.u.W.) 1926, Sp. 1527 ff.

Bericht der durch den 34. Juristentag zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Kommission. Mannheim/Berlin/Leipzig, 1928.

Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, Geh. Justizrats, Generaldirektor Dr. Wilhelm Kisskalt, in „Akademie für Deutsches Recht", Heft 1, S. 20 ff.

Brassert-Gottschalk, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 2. Aufl., Bonn 1914.

Breit, Erläuterung zur Entscheidung des KG. vom 18. 12. 24 in JW. 1925, S. 636 ff.

— Kommentar zur Goldbilanzverordnung, Bd. II, Berlin, 1925.

Brodmann, Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2. Aufl., Berlin und Leipzig, 1930.

— Aktienrecht, Berlin und Leipzig, 1928.

— Über den Bericht der Aktienrechtskommission, in Zeitschrift für Handelsrecht (Z. f. H. 94, S. 38).

Byk, Erläuterung zur Entscheidung des KG. v. 3. 7. 24 in JW. 1924, S. 1535 ff.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch, Bd. III, 3. Aufl., München/Berlin/Leipzig, 1932.

Erlinghagen, Der sogenannte „Verkauf der Form einer Aktiengesellschaft" in JW. 1920, S. 549 ff.

Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Ehrenbergs Handbuch, Bd. III, 3, Leipzig 1929.

Fischer, Die Gründerhaftung bei der Aktiengesellschaft, Ehrenbergs Hdb. III, 1, Leipzig, 1916.

Friedländer, Die Einmanngesellschaft, in ZBl. f. H. 1926, S. 22 u. 134.

— Konzernrecht, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1927.

— Aktienrecht, Stuttgart, 1932.

Fuchs, Mantelkauf und GmbH.Novelle, in Recht und Handel (R. u. H.) 1927, S. 382.

Fuld, Der Erwerb des Mantels einer GmbH., in ZBl. f. H. 1926, S. 206 ff.

J. von Gierke, Handelsrecht, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1933.

Goldschmidt, Handelsgesetzbuch, München 1929.

Goldschmit, Die Aktiengesellschaft, München 1927.

Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch, Bd. VI, Berlin 1918.

Hachenburg, Erläuterung zur Entscheidung des KG. vom 3. 7. 24 in JW. 1924, S. 1535.

— Kommentar zum GmbH.Ges., 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1926.

— Die Novelle zum GmbH.Gesetz in ZBl. f. H. 1926, S. 298 ff.

Hölder, Das gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft in DJZ. 1908, S. 46 ff.

Isay, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1919/20. (Bd. I, 2. Aufl., 1933).

Kast, Die Geschichte des Preußischen Bergrechts, seit dem Jahre 1915, in Zeitschrift für Bergrecht (Z. f. B.), Bd. 67, S. 351 ff.
Klostermann, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 6. Aufl., Berlin 1911.
Koenige, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1932.
Lion, Der Verkauf der Form einer Aktiengesellschaft, in Zeitgemäße Steuerfragen, Jahrgang 1, Heft 1.
Müller-Erzbach, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, Stuttgart 1917.
Schlüter, Preußisches Bergrecht, Essen 1928.
Schmidt, Die Novelle zum GmbH.Gesetz, in JW. 1926, S. 2046 ff.
Scholz, Kommentar zum GmbH.Ges., Köln, 1928.
Staub-Pinner, Kommentar zum HGB., 14. Aufl., Berlin und Leipzig, 1933.
Strauss, Der Mantelkauf, Diss. Heidelberg, 1928.
Voelkel, Grundzüge des Bergrechts, unter besonderer Berücksichtigung des Bergrechts Preußens, 2. Aufl., Berlin und Leipzig, 1924.

D.Not.Z. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
JFG. = Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts.
JW. = Juristische Wochenschrift.
LZ. = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
OLGR. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
RAO. = Reichsabgabenordnung.
RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Z. f. AG. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und für Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

GLIEDERUNG.

Einleitung: Die Entwicklung des Mantelkaufs 1

I. Teil: Das Wesen des Mantelkaufs:

§ 1. Der Begriff 3
§ 2. Die Verwendungsmöglichkeiten 8
§ 3. Mantelkauf und bergrechtliche Gewerkschaft 13

II. Teil: Die rechtliche Würdigung des Mantelkaufs:

§ 4. Die gesetzliche Regelung des Mantelkaufs 16
1. § 5. Reichsabgabenordnung 16
2. § 42. 2. Durchführungsverordnung zur Goldbilanzverordnung vom 28. März 1924 und Art. II GmbH.Novelle vom 28. Juni 1926 17
§ 5. Die Rechtsprechung des Kammergerichts 21
§ 6. Der Mantelkauf und die Gründungsvorschriften des HGB. und GmbH.Gesetzes 27
§ 7. Der Mantelkauf und die Vorschriften über Sachgründungen (§§ 186 ff., 207, 279 HGB. und §§ 5, 55, 56 GmbH.Ges.) . . . 31
§ 8. Die Zulässigkeit des Mantelkaufs 35
§ 9. Der Gewerkschaftskauf 37

Schluß: Der Mantelkauf de lege ferenda 39

Einleitung:

DIE ENTWICKLUNG DES MANTELKAUFS.

Der Mantelkauf, d. h. der Erwerb der gesamten oder der überwiegenden Mehrzahl der Anteile einer AG. oder GmbH. ohne den Betrieb mit dem Ziel, den Gesellschaftsmantel für den Betrieb eines anderen Unternehmens zu verwenden [1]), ist eine Erscheinung, die in dem HGB. und GmbH.Gesetz keine Regelung gefunden hat. Der Gesetzgeber hat bei Schaffung dieser Bestimmungen an derartige Möglichkeiten, die erst später aus den Erfordernissen des Wirtschaftslebens entwickelt wurden, offenbar nicht gedacht. Selbst jüngere Gesetze erwähnen den Ausdruck Mantelkauf nicht, wenngleich dem Gesetzgeber später die Erscheinung selbst nicht unbekannt geblieben ist. Der Erwerb des Mantels einer AG. oder GmbH. hat auch in den ersten Jahrzehnten des HGB. und GmbH.Gesetzes keine wirtschaftliche Rolle gespielt. Immerhin sind Mantelkäufe auch schon vor dem Kriege vorgekommen, sie spielten sich nur von der Rechtsprechung unbemerkt und ungestört ab [2]), ein Zeichen dafür, daß die Fälle noch selten waren und zu Auswüchsen und Mißbräuchen nicht führten. Erst das spätere Schrifttum berichtet von dem Vorkommen des Mantelkaufs [3]). Als die Wirtschaftsverhältnisse sich wesentlich änderten, insbesondere in der Inflationszeit, nahmen Mantelkäufe an Häufigkeit zu und arteten namentlich im Zusammenhange mit sogenannten „Mantelgründungen" zu bemerkenswerten wirtschaftlichen Mißständen aus [4]).

Eine weitere Verbreitung erfuhr der Mantelkauf durch die „Bekanntmachung über die staatliche Genehmigung zur Errichtung von AG. usw." vom 2. November 1917. Gemäß § 1 bedurften AG. und GmbH.[5]) mit einem Grund- oder Stammkapital von mehr als 300 000 Mark der staatlichen Genehmigung. Der Anlaß für diese Vorschriften waren volkswirtschaftliche Erwägungen. Es handelte sich dabei nicht darum, im Interesse Dritter „die Solidität der Gründung zu prüfen, vielmehr war entscheidend, ob die Lage des Kapitalmarktes und die Rücksicht auf die Kriegs- und Übergangswirtschaft die Gründung zuläßt" [6]). Dieser aus der Wirtschaftslage durchaus verständliche Prüfungszwang ließ sich aber durch den Kauf eines Gesell-

---

1) Eine ausführliche Darlegung des Begriffs Mantelkauf folgt im § 1 des I. Teiles.

2) vgl. Feine, S. 445; Fuld a.a.O.

3) vgl. Erlinghagen, a.a.O.; Lion, a.a.O.

4) vgl. Feine, a.a.O.

5) Die ebenfalls unter diese Vorschrift fallende Kommanditgesellschaft auf Aktien interessiert hier nicht.

6) Güthe-Schlegelberger, Bd. 6, S. 723.

schaftsmantels leicht umgehen, weil man sich dadurch in den Besitz einer bereits bestehenden AG. oder GmbH. setzte, die keiner Prüfung und damit auch keiner Genehmigung mehr bedurfte.

Vor allem benutzte man aber den Mantelkauf dazu, die Gründungssteuern zu ersparen. So kam es auch, daß sich zuerst die Finanzgerichte mit dem Mantelkauf befaßten. Berühmt geworden ist das Urteil des Reichsfinanzhofs vom 16. Juli 1919 [7]), das sich mit dem sogenannten „Mitropa-Fall" beschäftigt. Der Reichsfinanzhof erklärte sich letzten Endes für machtlos und stellte fest, daß die für eine Neugründung zu zahlende Stempelsteuer nicht erhoben werden könne, da keine Neugründung vorläge. Mit der zivilrechtlichen Gültigkeit hat sich der Reichsfinanzhof in dieser Entscheidung nicht befaßt.

Daneben wurden die Vorteile, die der Mantelkauf an Geld- und Zeitersparnis bot, bald allgemein erkannt. Namentlich in der Inflationszeit, als ein wahrer Handel mit Gesellschaftsmänteln einsetzte, war der Mantelkauf eine beliebte und häufige Erscheinung. Damals kam er auch zum ersten Mal zur Entscheidung vor die ordentlichen Gerichte. Seine Gültigkeit hatte vorher niemand bezweifelt und er war daher im Schrifttum auch wenig erwähnt. Erst das Kammergericht bestritt in seinen beiden Entscheidungen vom 3. Juli 1924 und 18. Dezember 1924 [8]) seine Gültigkeit. Der Mantelkauf, so erklärte es, enthalte einen Verstoß gegen die guten Sitten und sei deshalb nach § 138 BGB. nichtig. Der Standpunkt des Kammergerichts hat aber keinen Anklang gefunden und ist im Schrifttum und auch in der Rechtsprechung [9]) stark bekämpft worden.

Wenn auch dem Mantelkauf gegenwärtig nicht mehr die Bedeutung wie in der Inflationszeit zuzukommen scheint, so muß doch andererseits festgestellt werden, daß er geeignet ist, dem an sich berechtigten Verlangen nach größtmöglicher Verbilligung der Kosten bei der Neugründung von Unternehmungen Rechnung zu tragen. Gerade dieser für die wirtschaftlichen und finanziellen Interessen entscheidende Gesichtspunkt macht den Mantelkauf auch heute noch zu einer häufigen und recht beliebten Erscheinung [10]). Wenn behauptet wird, daß die Benutzung von Gesellschaftsmänteln anstelle von Neugründungen an Verbreitung wesentlich verloren habe [11]), so liegt das daran, daß derartige Fälle vom Registerrichter sehr oft garnicht bemerkt werden und so nicht in die Öffentlichkeit dringen.

---

7) Entschdg. d. RFH. Bd. 1, S. 126 = JW. 1919, S. 847.

8) JW. 1924, S. 1535 und 1925, S. 635 = JFG. Bd. 2, S. 206.

9) Bekannt ist nur eine Entscheidung des OLG. Dresden v. 6. 1. 1931 (JFG. Bd. 8, S. 157). Das RG. hat, wie eine Anfrage ergeben hat, zu dieser Streitfrage noch keine Stellung genommen. Sowohl in seiner Entscheidung v. 6. 2. 1930 (RGSt. Bd. 64, S. 84), als auch in seiner neueren Entscheidung v. 1. 7. 1933 (JW. 1934, S. 27) hat es die rechtliche Beurteilung des Mantelkaufs offen gelassen.

10) Bezeichnend ist, daß sogar Gesellschaftsmäntel in den Zeitungen zum Kauf angeboten oder zu kaufen gesucht werden (vgl. D.Bergw.Ztg. v. 18. 5. 1933).

11) So der Bericht der Aktienrechtskommission, S. 10.

I. Teil.

DAS WESEN DES MANTELKAUFS.

§ 1. Der Begriff.

Die Beurteilung der Gültigkeit des Mantelkaufs setzt zunächst Klarheit voraus über sein Wesen, insbesondere über die rechtlichen und wirtschaftlichen Vorgänge, die sich bei ihm abspielen.

Mit dem Ausdruck Mantelkauf wird weniger die rechtliche, als die wirtschaftliche Seite des Vorganges gekennzeichnet. Die Bezeichnung „Mantel" soll gesellschaftsrechtlich die Form der Gesellschaft als solche abgrenzen gegen ihren Inhalt, den eigentlichen Geschäftsbetrieb [1]). Der Käufer eines derartigen Mantels erwirbt demnach lediglich die äußere Umkleidung der Gesellschaft. Das damit verbundene Unternehmen interessiert ihn (wenigstens in den meisten Fällen) nicht. Er benötigt nur die äußere Hülle, den Mantel der Gesellschaft, um dann mit seinem — schon vorhandenen oder noch zu errichtenden — Unternehmen in diese leere oder halbleer gewordene Hülle hineinzuschlüpfen. Er umgibt sein Unternehmen gleichsam mit dem freigewordenen Mantel.

Danach kann man den Mantelkauf folgendermaßen bestimmen: Der Mantelkauf ist der Erwerb der Rechtsform einer AG. oder GmbH., losgelöst von dem bisherigen Unternehmen mit dem Zweck, unter Benutzung lediglich der Rechtsform der schon bestehenden Gesellschaft ein anderes Unternehmen zu beginnen oder weiterzuführen. Das Wesentliche des Mantelkaufs ist also die Übertragung der abstrakten Rechtsform auf einen neuen Inhalt. Die Bedeutung dieses Vorganges liegt darin, daß hier eine wirtschaftliche Neu- oder Umgründung tatsächlich vorgenommen wird, ohne daß die Schaffung einer neuen Rechtsform, also eine rechtliche Gründung, erforderlich ist. So erklärt sich das Wort Mantelkauf.

Das Schrifttum ist sich über die wesentlichen Erscheinungen beim Mantelkauf einig. Es herrscht Einverständnis über das, was man unter Mantelkauf zu verstehen hat, wenn auch eine klare und befriedigende Begriffsabgrenzung bisher nicht gegeben worden ist. Eine gesetzliche Begriffsbestimmung fehlt dagegen, wie schon oben gesagt wurde [2]).

Rein rechtlich gesehen spielt sich der Vorgang anders ab. Wie sich noch zeigen wird, ist die rechtliche Seite des Mantelkaufs nicht so klar und eindeutig zu erfassen, wie der im Mantelkauf enthaltene wirtschaftliche Vorgang. Es gibt nämlich bei rechtlicher Beurteilung in Wirklichkeit garnicht den Kauf eines Mantels. Gekauft werden vielmehr die Anteile einer Gesellschaft. Durch Satzungsänderung (Änderung des Gegenstandes des Unternehmens und meist auch der Geschäftsführung, des Sitzes und der Firma) wird dann die Gesellschaft für das neue Unternehmen verwertbar gemacht.

Gegen den Ausdruck Mantelkauf ist aber nichts einzuwenden, da in Schrifttum und Rechtsprechung Einigkeit darüber besteht, daß

1) vgl. Fuchs a.a.O.
2) vgl. Einleitung, S. 1.

damit die wirtschaftliche Seite des Vorgangs zum Ausdruck gebracht wird, es sich aber rechtlich um den Kauf der Anteile einer Gesellschaft zu einem bestimmten Zweck handelt. Im Gegenteil ist die Bezeichnung Mantelkauf deshalb zu befürworten, weil sie zum Ausdruck bringt, daß es sich dabei nicht nur um den üblichen Kauf von Anteilen handelt, sondern der Mantelkauf bestimmte Besonderheiten aufweist. Das letzte ist allerdings Voraussetzung. Wenn diese Besonderheiten nicht als an sich eigenartige Rechtserscheinung bestimmbar wären, so müßte der Mantelkauf als ein der besonderen rechtlichen Behandlung bedürftiger Begriff abgelehnt werden.

Das Vorkommen des Mantelkaufs ist begrifflich nur denkbar bei der AG. und der GmbH.[3]). Das liegt in der Struktur dieser Gesellschaften begründet. Entscheidend für das Zustandekommen von Beschlüssen ist bei ihnen die Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Ferner tritt eine Häufung des Stimmrechts entsprechend der Kapitaleinlage ein. Ein einzelner Gesellschafter ist also hier in der Lage, wenn er über die nötigen Kapitalanteile und das damit verbundene Stimmrecht verfügt, die Gesellschaft zu beherrschen und völlig umzugestalten. Bei einer Genossenschaft ist ein Mantelkauf nicht möglich, weil es hier keine Häufung des Stimmrechts gibt (§ 43 Genoss. Ges.), auch die freie Übertragung der Mitgliedschaftsrechte stark erschwert ist (§ 76 Genoss.Ges.). Die OHG. scheidet aus, weil bei ihr nicht das Mehrheitsprinzip herrscht, sondern zur Satzungsänderung die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist (§ 116 HGB.).

Erste Aufgabe für den Mantelkäufer ist es also, die ausreichende Anzahl von Aktien oder Geschäftsanteilen an sich zu bringen. Da für die erfolgreiche Durchführung seiner Absichten eine Satzungsänderung erforderlich ist, muß er wenigstens über die nach § 275 HGB., § 53 GmbH.Ges. nötige Stimmenmehrheit verfügen. Hierin unterscheidet er sich in keiner Weise von jedem anderen Gesellschafter, der über eine Majorität verfügt. Beide üben ihre Macht aus, um die Gesellschaft in ihrem Sinne zu beeinflussen und für ihre Interessen nutzbar zu machen. Der Unterschied liegt lediglich in den Zielen, die sie mit ihrer Machtstellung verfolgen. Es sind Fälle denkbar, in denen der Großaktionär auch einmal auf den Gang des Unternehmens zugunsten anderer Unternehmen hemmend einwirkt. Im Regelfalle wird er aber eine Förderung des Unternehmens erstreben, um aus ihm wirtschaftliche Vorteile zu erzielen. Der Mantelkäufer dagegen erstrebt gerade das Gegenteil. Er will das bisherige Unternehmen ganz oder teilweise beseitigen. In den meisten Fällen wird dies allerdings praktisch deshalb nicht notwendig sein, weil der Betrieb schon vorher stillgelegt war.

Die rechtliche Stellung ist aber in beiden Fällen die gleiche. Beide, Großaktionär und Mantelkäufer, benutzen die Ansammlung der Anteile und der damit verbundenen Stimmrechte zur Beseitigung

3) Vom Vorkommen des Mantelkaufs bei den bergrechtlichen Gewerkschaften soll gesondert in den späteren Ausführungen gesprochen werden.

der wirtschaftlichen Selbstbestimmung der Gesellschaft. „Der Unterschied liegt, wie gesagt, nicht in der rechtlichen Grundlage, sondern in dem Zweck, für den diese Grundlage verwertet werden soll“ [4]). Dem Mantelkäufer liegt nur an der Hülle, der Rechtsform, einem sonstigen Großaktionär dagegen an dem Inhalt, dem Unternehmen der Gesellschaft. Der rechtliche Erfolg bleibt jedoch in beiden Fällen der gleiche, ohne Rücksicht auf die Beweggründe, die zur Ausnützung des Stimmrechts geführt haben.

Wenn auch beim Mantelkauf in der Regel alle Geschäftsanteile oder Aktien der Gesellschaft erworben werden, so ist das doch nicht unbedingt Voraussetzung für die Verwirklichung der mit dem Mantelkauf verbundenen Absichten. Mit Unrecht behaupten deshalb Friedländer und Fuchs [5]), daß unter Mantelkauf der Erwerb der sämtlichen Anteile einer AG. oder GmbH. zu verstehen sei. Eine Mehrheit von weniger als 75% aller Stimmen reicht in der Regel für die Absichten des Mantelkäufers allerdings nicht aus. Mit dieser Mehrheit ist es zwar möglich, die Tätigkeit der Gesellschaft im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und des dort angegebenen Gegenstandes des Unternehmens zu beeinflussen. Eine Umänderung der Gesellschaft ist jedoch in diesem Falle ausgeschlossen. Dazu bedarf es einer Satzungsänderung und demgemäß einer Stimmenmehrheit von wenigstens 75%. Nach § 275 HGB., § 53 GmbH.Ges. ist zur Satzungsänderung zwar nur eine Mehrheit von 75% des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals bezw. der abgegebenen Stimmen erforderlich. Da aber der Mantelkäufer auch mit dem Fall rechnen muß, daß einmal das gesamte Grund- bezw. Stammkapital vertreten ist, kann er nur dann sicher gehen, wenn er wenigstens über eine Mehrheit von 75% der gesamten Stimmen verfügt. Andernfalls würde seine Machtstellung weniger auf seiner eigenen Stimmenmehrheit als auf dem Stillhalten der übrigen Gesellschafter beruhen. Eine derart ungefestigte Stellung wird dem Mantelkäufer kaum genügen. Seine Stellung muß tatsächlich und rechtlich so fest begründet sein, daß er den Gegenstand des Unternehmens, die Organisation, den Sitz usw. frei bestimmen kann. Nicht immer wird er diese Stellung auch ausnutzen. Wenn z. B. die Satzung in ihrer bisherigen Form für ihn verwertbar ist, wird er sich mit der tatsächlichen Umgestaltung der Gesellschaft begnügen. Über welche Mehrheit der Mantelkäufer verfügen muß, um sein Ziel zu erreichen, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Es wird in erster Linie darauf ankommen, welche Mehrheit in dem bisherigen Gesellschaftsvertrag zur Abänderung einzelner Bestimmungen gefordert wird [6]). Dabei kann es auch einmal nötig sein, daß der Mantelkäufer über alle Anteile verfügt. Es würde aber zu weit führen und ist auch weder aus praktischen noch aus rechtlichen Erwägungen notwendig, daß er stets im Besitz sämtlicher Anteile ist.

---

4) vgl. Strauss, S. 19.
5) Friedländer, Konzernrecht, S. 128. Fuchs, a.a.O.
6) Ebenso Hachenburg GmbH., § 53, Anm. 5.

Da aber auch ein Großaktionär einmal alle Anteile besitzen kann und andererseits für den Mantelkäufer nicht unbedingt wesentlich ist, daß er alle Anteile in der Hand hat, ist in der Höhe der Beteiligung kein typischer Unterschied zwischen beiden zu finden. Die Höhe der Beteiligung kann deshalb bei der Abgrenzung des Begriffs Mantelkauf nicht von Bedeutung sein.

Daß der Mantelkauf von mehreren Personen vorgenommen werden kann, ist selbstverständlich. Da der Mantelkauf besonders dazu benutzt wird, für ein Einzelunternehmen die beschränkte Haftung zu erreichen, wird allerdings in der Regel nur ein einziger Käufer vorhanden sein. Kennzeichen für jeden Mantelkauf ist dies aber nicht. Auch wenn von mehreren Personen gemeinsam ein Mantelkauf vorgenommen wird, ändert sich an seinem Wesen hierdurch nichts. Selbstverständlich ist es gleichgültig, ob es sich bei den Käufern um natürliche oder juristische Personen handelt. Auch ein rechtsfähiger Verein z. B. kann den Mantel einer Gesellschaft erwerben.

Ferner ist es keine Eigentümlichkeit des Mantelkaufs, daß nur Anteile einer Gesellschaft erworben werden, deren Unternehmen zum Stillstand gekommen ist, daß es sich also in der Tat um eine „ausgestorbene" „leere" Hülle, einen Mantel handelt [7]). Meist wird dies zwar der Fall sein, weil sich dann der Erwerb der Anteile naturgemäß billiger stellt. Einige Schriftsteller nehmen deshalb an, daß das beim Mantelkauf immer so sein müsse [8]). Diese Ansicht ist unzutreffend. Auf den wirtschaftlichen Zustand kann es nicht ankommen. Es können sehr wohl irgend welche Aktiva vorhanden sein. Es ist unwesentlich für den Mantelkäufer, ob die Gesellschaft, deren Anteile aufgekauft werden, noch ein Unternehmen betreibt oder nicht. Der Mantelkäufer hat es ja in der Hand, durch Stillegung des bisherigen Unternehmens der Gesellschaft die leere Hülle selbst herzustellen [9]). Es braucht hier auch deshalb nicht darauf eingegangen zu werden, wann denn nun ein Mantel vorliegt. Ob die Gesellschaft, deren Anteile erworben werden, noch ein Unternehmen betreibt oder nicht, darin kann kein rechtlicher Unterschied zum sonstigen Erwerb von Anteilen gefunden werden.

Bis hierher, also in der Stellung, die der Käufer eines Gesellschaftsmantels erstrebt, ist zwischen ihm und irgend einem andern Majoritätsbesitzer kein Unterschied festzustellen. Allerdings sind dabei bisher nur die Vorbereitungsstadien eines Mantelkaufs der näheren Betrachtung unterzogen worden. Das vom Mantelkäufer erstrebte Ziel soll erst durch die folgenden Schritte erreicht werden. Der Ankauf der Anteile ist nur Mittel zu dem Zweck, sich die erworbene Rechtsform zunutze zu machen. Dieser Zweck ist für den Mantelkauf typisch und untrennbar mit ihm verbunden. Er gibt erst dem Mantelkauf sein Gepräge. Der Ankauf der Anteile schafft erst die

---

7) Ebenso Fuchs a.a.O.
8) so Friedländer, Konzernrecht, S. 128; Becher a.a.O.
9) Z. f. AG. XXXII, S. 22; Lion, a.a.O.

Grundlage für die jetzt folgende Umgestaltung der Gesellschaft, für das Hineinschlüpfen des neuen Unternehmens in den leeren Mantel.

Dieses Hineinschlüpfen in den leeren Mantel erfolgt durch Satzungsänderung. Ob dabei alles geändert wird (Gegenstand des Unternehmens, Sitz, Firma, Geschäftsführung und Verwaltung) oder nur einzelne Punkte, ist im Ergebnis gleichgültig und kommt auf die Umstände des einzelnen Falles an, auf die Absichten, die gerade ein bestimmter Mantelkäufer verfolgt. Es ist noch nicht einmal erforderlich, daß der Gegenstand des Unternehmens geändert wird, wenn dies auch meistens der Fall sein dürfte. Verwiesen sei hier nur darauf, daß der Mantel einer Gesellschaft, die ein Bankunternehmen betrieb, von einem anderen Bankunternehmen erworben wird, um so das Depotrecht zu erlangen [10]). Schon hieraus ergibt sich eine Schwierigkeit, eine rechtliche Begriffsbestimmung des Mantelkaufs zu finden. Wenn man sich aber weiter vor Augen hält, wie Strauß [11]) schon richtig erkannt hat, daß für den Mantelkauf ein einheitlicher Rechtsvorgang nicht wesentlich ist, so zeigt dies ausreichend, daß es unmöglich ist, den Mantelkauf als rechtlichen Vorgang für sich allein klar und eindeutig begriffsmäßig abzugrenzen und erfassen. Der Mantelkauf kann in unzählige einzelne Geschäfte zerfallen, der Ankauf der Anteile kann nach und nach erfolgen. Das ganze Aktienpaket braucht auch nicht von einer einzelnen Person gekauft zu werden. Es ist ferner denkbar, daß ein Mantel erworben wird, um erst nach Jahren verwertet zu werden. Die Reihenfolge kann auch anders sein. Wenn zunächst noch von den ursprünglichen Gesellschaftern die Satzungsänderung vorgenommen wird und erst dann die Anteile abgetreten werden, so liegt trotzdem noch ein Mantelkauf vor. Weiter ist aber folgendes zu beachten: Nur dasjenige kann bei einem Rechtsgeschäft begriffswesentlich sein, was bei ihm — und nur bei ihm gerade — in Erscheinung tritt. Dieses Tatbestandsmerkmal ist es dann, was sein Wesen bestimmt. Beim Mantelkauf hat sich ergeben, daß sämtliche Tatbestandsmerkmale nicht nur ihm eigentümlich sind. Der Unterschied zwischen einem Mantelkäufer und einem sonstigen Majoritätsbesitzer liegt einzig und allein in dem Beweggrund, der beide beherrscht. „Der Mantelkäufer will die erworbene Mehrheit zur Bestimmung der gesellschaftlichen Tätigkeit in seinem Sinne, unabhängig von der bisherigen Erscheinungsform der Gesellschaft ausnutzen“ [12]). Das für den Erwerb des Mantels ausschlaggebende Motiv ist aber nicht Gegenstand oder Grundlage des Vertrages, durch den die Anteile vom Mantelkäufer erworben werden. Es liegt außerhalb und kann deshalb nicht zur rechtlichen Erheblichkeit gelangen. Es besteht aber, auch ohne daß der Mantelkäufer es zu erkennen gibt und der Vertragsgegner es erkennt oder gar bil-

---

10) Auf die praktische Bedeutung gerade dieses Falles wird im § 2 näher eingegangen werden.

11) a.a.O. S. 24.

12) Strauss, S. 24.

ligt [13]). Den Mantelkauf begrifflich zu erfassen ist demnach nur möglich durch die anfangs gegebene wirtschaftliche Begriffsbestimmung [14]).

Im Zusammenhang mit dem Mantelkauf ist auch die „Mantel- oder Fassongründung" zu erwähnen. Man versteht darunter die Gründung einer Gesellschaft, die nicht einen bestimmten Geschäftsbetrieb im Auge hat, namentlich nicht den in der Satzung angegebenen Zweck verfolgen will. Die Gesellschaft soll zunächst überhaupt kein Unternehmen betreiben, sondern lediglich den Mantel für ein noch unbestimmtes Unternehmen abgeben, das erst später in Verkehr treten soll. Bei einer solchen Gründung wird der Gegenstand des Unternehmens nur zum Schein genannt, das Publikum und der Registerrichter sollen getäuscht werden. Die Rechtsprechung und der größte Teil des Schrifttums nehmen daher mit Recht an, daß eine Mantelgründung als Scheinerklärung nach § 117 BGB. nichtig ist [15]). Inwieweit dieselben Gesichtspunkte auch beim Mantelkauf in Frage kommen, wird im II. Teil bei der rechtlichen Würdigung zu untersuchen sein.

Einen Wert hatte die Mantelgründung nur in der Inflationszeit wegen der sprunghaften Erhöhung der Gründungssteuer. Heute kommt sie kaum noch vor. Mit größerem Grundkapital ist sie zu riskant, da die Gefahr besteht, daß man auf der Mantelgründung „sitzen bleibt", mit kleinerem Grundkapital lohnt sich aber die Sache kaum [16]).

§ 2. Die Verwendungsmöglichkeiten.

Die Ziele, die mit dem Mantelkauf verfolgt werden, sind mannigfach. Da das Motiv, wie oben gezeigt wurde, mit dem Begriff Mantelkauf untrennbar verknüpft ist und ihm erst sein Gepräge gibt, ist eine Darstellung der vielen Verwendungsmöglichkeiten des Mantelkaufs einmal zum Erfassen seines Wesens unerläßlich. Ferner wird von dem Beweggrund in hohem Maße die rechtliche Beurteilung des Mantelkaufs abhängen. So hat ja auch das Kammergericht seine ablehnende Haltung damit begründet, daß der dem Mantelkauf zugrunde liegende Beweggrund „gegen die für den Rechts- und Geschäftsverkehr notwendigen und sie beherrschenden Grundsätze der Redlichkeit und Ehrbarkeit verstößt." Eine erschöpfende Darstellung

---

13) Anders Hachenburg in JW. 1925, S. 635: „Der Ankauf eines Mantels bedeutet rechtlich nichts anderes als die Veräußerung der Geschäftsanteile einer GmbH. in der Absicht beider Teile, daß das bisherige Geschäft in der bisherigen Weise nicht weitergeführt werden soll."

14) vgl. oben S. 3.

15) vgl. Staub-Pinner, § 182, Anm. 39; Brodmann, AG. § 180, Anm. 1; KG. in JW. 1925, S. 637; a. A. Düringer-Hachenburg, Anh. zu § 182, Anm. 1. Nach ihm ist lediglich die Angabe über den Gegenstand des Unternehmens nichtig und somit die Gesellschaft der Nichtigkeitsklage ausgesetzt. Die Mantelgründung als solche hält er im übrigen für gültig.

16) vgl. Düringer-Hachenburg, Anh. zu § 182, Anm. 1.

der vielen Verwendungsmöglichkeiten des Mantelkaufs wird freilich kaum möglich sein, da gerade der Beweggrund in jedem Falle verschieden sein kann und oft nicht zu erkennen ist.

Es sollen zunächst einige Fälle aufgeführt werden, die in der heutigen Zeit zwar keine Bedeutung mehr haben, die aber doch der Vollständigkeit halber mit erörtert werden müssen.

Zuerst bot das im Kriege eingeführte Konzessionssystem Anlaß zum Kauf von Gesellschaftsmänteln. Da der auf Grund der bereits erwähnten Bekanntmachung vom 2. 11. 1917 vorgeschriebene Betrag von 300 000 Mark infolge der damals schon eingetretenen Geldentwertung nicht sehr hoch war, wurden fast alle neu zu gründenden Gesellschaften von dieser Vorschrift erfaßt. In der ersten preuß. Verfügung über die Errichtung von AG. und GmbH. vom 12. November 1917 (HMBl. S. 348) war bestimmt, daß die förmliche Genehmigung erst nach der Beschlußfassung des zuständigen Gesellschaftsorgans erteilt werde [1]). Es mußten also erst alle nach dem HGB. oder GmbH. Gesetz erforderlichen Gründungsvorschriften erfüllt sein, ehe die Genehmigung eingeholt werden konnte. Darin lag naturgemäß für die Gründer ein gewisses Risiko [2]). Hier bot der Ankauf eines Gesellschaftsmantels Gelegenheit, diesem Risiko zu entgehen. War eine Gesellschaft einmal genehmigt oder schon vor dem Erlaß der Bekanntmachung errichtet, so war eine neue Genehmigung nicht mehr erforderlich, gleichgültig ob der Gegenstand des Unternehmens später geändert wurde. Dieser spielte nur bei der ersten Genehmigung eine Rolle. Die Genehmigungspflicht ist inzwischen durch Verordnung vom 9. 10. 1920 (RGBl. S. 1718) aufgehoben worden.

Ein zweiter Fall dieser Art war durch die Vorschriften der Depotgesetzgebung gegeben. Durch § 1 des Kapitalfluchtgesetzes vom 6. Januar 1923 war bestimmt worden, daß nur die bis zum 16. Januar 1920 errichteten Bankunternehmen das Depotrecht haben sollten. Neuen Bankunternehmungen stand das Depotrecht nicht zu. Nur durch einen Mantelkauf war es möglich, dieser Bestimmung zu entgehen. Das einmal bestehende Depotrecht haftete an der Rechtsform der Gesellschaft ohne Rücksicht auf irgendwelche persönlichen und sachlichen Änderungen, so daß es also beim Mantelkauf unversehrt auf das neue Unternehmen überging. Die Verwendung des Mantelkaufs zu diesem Zweck wurde etwas eingeschränkt durch das Gesetz vom 26. Juni 1925. Das Depotrecht war jetzt nicht mehr ein untrennbarer Bestandteil der Gesellschaftsform, sondern konnte nach § 7 aaO. wieder entzogen werden. Demgemäß bot hier der Mantelkauf eine gewisse Unsicherheit, denn es war ja keine Gewähr dafür gegeben, daß nicht das Depotrecht wieder entzogen wurde, nachdem das neue Unternehmen in den erworbenen Mantel gekleidet war. Auch dieses Gesetz ist inzwischen außer Kraft getreten, nachdem es mehrere Male, zuletzt bis zum 31. Dezember 1929, verlängert worden war.

---

1) vgl. Güthe-Schlegelberger, Bd. 6, S. 724.

2) Namentlich für wirtschaftlich bedenkliche Neugründungen, wobei es sich nicht gerade um schieberhafte Gründungen zu handeln brauchte.

Eine gerichtliche Entscheidung über die Gültigkeit des Mantelkaufs in den beiden bisher erörterten Fällen besteht nicht. Im Schrifttum ist sein Vorkommen jedoch öfters erwähnt [3]).

Weiter ist anzuführen der Fall, daß der Mantelkauf lediglich zur Umgehung der mit einer Neugründung verbundenen Steuerpflicht dient. Hierzu hat der Reichsfinanzhof anläßlich der Entstehung der „Mitropa" Stellung genommen [4]). Folgender Sachverhalt lag zugrunde: Die Aktien einer im Jahre 1905 unter der Firma „Kaliwerke N." gegründeten AG. mit dem Sitz in Essen, deren Betrieb längst stillgelegt war, waren aufgekauft worden. Der Sitz der Gesellschaft wurde nach Berlin verlegt, die Firma in „Mitropa, Mitteleuropäische Schlaf- und Speisewagen AG." und der Gegenstand des Unternehmens in „Erwerb und Betrieb von Schlafwagen, Speisewagen, Luxuswagen und Luxuszügen" geändert. Eine Steuerpflicht trat nach § 1 des Reichsstempelgesetzes vom 3. Juli 1913 mit der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages ein. Sinn und Zweck dieser Vorschrift war es, die Bewidmung der Gesellschaft mit Kapital steuerlich zu erfassen [5]). Die rechtliche Neugründung sollte besteuert werden. Nur diese löste nach § 1 eine Steuerpflicht aus, nicht aber eine wirtschaftliche Neugründung. Ebenso war zwar eine Kapitalserhöhung steuerpflichtig, dagegen nicht eine bloße Auffüllung des verloren gegangenen Gesellschaftskapitals denn sie stellt keine Kapitalsbewidmung dar, die neue Mitgliedschaftsrechte schuf. Dem Mantelkäufer waren also steuerrechtlich keinerlei Schranken gesetzt, wie ja auch der Reichsfinanzhof in der oben erwähnten Entscheidung ausgesprochen hat. Dieser Fall des Mantelkaufs war deshalb sehr häufig. Eine Vorschrift, die dieser offensichtlichen Steuerumgehung hätte entgegentreten können, bestand nicht. Erst die Einführung des § 5 RAO. (jetzt § 10) setzte dem ein Ende [6]). Steuerliche Vorteile bietet heutzutage der Mantelkauf nicht mehr.

Neben diesen sachlich und zeitlich beschränkten Fällen dient der Mantelkauf vor allem dazu, die mit einer Neugründung verbundenen Aufwendungen an Zeit und Geld zu ersparen. Das Angebot an Gesellschaftsmänteln ist groß. Die ungünstigen wirtschaftlichen Verhältnisse der letzten Jahre haben zahlreichen Gesellschaften die finanzielle Grundlage geraubt oder doch auf ein sehr geringes Maß herabgedrückt. Sie sind nicht mehr in der Lage, eine nennenswerte geschäftliche Tätigkeit zu entfalten [7]). So gibt es viele Gesellschaften, von denen oft nur noch der Mantel vorhanden ist. Das Unternehmen selbst ist eingestellt, und die Gesellschaft lebt nur noch

---

3) vgl. Friedländer, Konzernrecht, S. 127; Staub-Pinner, § 195, Anm. 14 b; Fuld a.a.O.

4) Entschdg. d. RFH. Bd. I, S. 126 = JW. 1919, S. 847. Es mögen noch viele derartige Fälle sich in der damaligen Zeit abgespielt haben, er ist aber der einzige, der vor Einführung des § 5 RAO. zur Entscheidung vor den RFH. gekommen ist.

5) vgl. Lion, a.a.O.

6) Einzelheiten über § 5 RAO. folgen unten im § 4.

7) vgl. hierzu Becker, in GmbH.R. 1927, S. 47 ff.

auf dem Papier des Handelsregisters. Die Gesellschafter sind naturgemäß gern bereit, ihre Anteile zu veräußern. Da diese in solchen Fällen kaum etwas wert sind, ist der Ankauf eines Gesellschaftsmantels mit großen Geldausgaben in der Regel nicht verbunden. Oft befinden sich auch alle Anteile in einer Hand, so daß ihre Beschaffung keinerlei Schwierigkeiten bereitet.

Während also ein nennenswerter Aufwand an Kapital zum Erwerb eines AG.- oder GmbH.-Mantels nicht erforderlich ist, sind die sich durch ihn bietenden Vorteile erheblich. Zunächst in finanzieller Hinsicht. Wenn eine GmbH. oder noch mehr eine AG. gegründet werden soll, so entstehen dabei eine Menge reiner Gründungskosten, die der Mantelkäufer spart. Weiter braucht der Mantelkäufer nicht, wie bei einer Neugründung, das Grund- bezw. Stammkapital in voller Höhe bezw. in Höhe von 25% (§ 195 HGB., § 7 GmbH.Ges.) und sofort aufzubringen. Er kann mit dem bisherigen, vielleicht voll eingezahlten, aber verloren gegangenen Gesellschaftskapital auskommen, also ohne selbst durch Bereitstellung neuer Mittel ein Risiko zu übernehmen [8]). Er braucht nur eine Kapitalserhöhung vorzunehmen, sein Unternehmen als Sacheinlage einzubringen und durch eine folgende Kapitalsherabsetzung in Höhe des verlorengegangenen Gesellschaftskapitals auf diese Weise wieder einen Ausgleich in der Bilanz herbeizuführen. Oder wenn er das verlorengegangene Grund- oder Stammkapital auffüllen will, so genügt es, wenn er nach und nach kleinere Beträge einzahlt. Der Mantelkäufer kann also einen neuen Geschäftsbetrieb eröffnen oder doch den alten über den bisherigen Rahmen weit ausdehnen [9]), ohne zunächst ein nennenswertes Kapital aufbringen zu müssen. Der Anreiz zu einem Mantelkauf erhöhte sich noch, als nach Beendigung der Inflation infolge der Goldumstellung für neue AG. oder GmbH. ein höheres Mindestkapital als für schon bestehende Gesellschaften festgesetzt wurde. Der Mantelkäufer brauchte nicht das für eine Neugründung vorgeschriebene Mindestkapital aufzubringen, sondern konnte billiger sein Ziel erreichen. Allerdings bietet diesen Vorteil der Mantelkauf jetzt nicht mehr [10]).

Weiter spart der Mantelkäufer einen erheblichen Zeitverlust. Häufig soll ein schon vorhandenes Unternehmen von einer eigens dazu ins Leben gerufenen juristischen Person erworben werden. Es gilt, sofort rechtswirksame Abmachungen zu treffen [11]). Der Erwerb eines Mantels kann sich in ganz kurzer Zeit, in wenigen Stunden, vollziehen. Man hat sofort eine Rechtspersönlichkeit zur Verfügung, die Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann. Dagegen können Wochen, ja oft Monate vergehen, ehe sich die Gründung einer neuen AG. oder GmbH. vollzogen hat. Bis dahin kann sich das Geschäft zerschlagen haben. Vor der Entstehung der Gesellschaft ab-

8) vgl. Becker, in GmbH.R. 1927, S. 46.
9) vgl. Feine, a.a.O.; Becker, in GmbH.R. 1927, S. 46 ff.
10) vgl. darüber unten § 4.
11) Byk, in JW. 1924, S. 1535.

geschlossene Verträge gehen nicht ohne weiteres auf diese über. Es ist nur möglich, daß die Gründer als Geschäftsführer ohne Auftrag handeln. Der Geschäftsherr, also die Gesellschaft nach ihrer Eintragung, kann dann den Vertrag genehmigen (§§ 177, 182, 184 BGB.), ist aber nicht gebunden [12]). Dabei besteht jedoch die Gefahr, daß der Vertragsgegner, der ja seinerseits gebunden ist, auf diese Ungewißheit nicht eingeht und einen Vertragsabschluß überhaupt unterläßt.

Sodann spielt der Mantelkauf für die Zwecke der Betriebsvereinigung und Betriebsvereinfachung eine große Rolle. Oft will ein Unternehmen einen gewissen Kreis seiner Geschäfte durch ein in die Form einer AG. oder GmbH. gekleidetes Organ betreiben und erwirbt für dieses Organ den Mantel einer AG. oder GmbH.[13]). Oder folgender Fall: Ein Unternehmen will sich für den Absatz seiner Erzeugnisse eine selbständige Vertriebsgesellschaft zulegen [14]) oder will gewisse Erzeugnisse, die nicht wie die Haupterzeugnisse Markenartikel sind, vertreiben [15]). Auch hier greift man am einfachsten zum Kauf eines Mantels.

Der Mantelkauf bietet ferner die Möglichkeit, für das Unternehmen eines Einzelkaufmanns sofort die beschränkte Haftung einzuführen. Eine Einmanngesellschaft ist sonst nur möglich nach Ausscheiden der übrigen bisherigen Gesellschafter oder durch eine sogenannte Strohmanngründung. Es muß dann erst mit der nötigen Anzahl von Strohmännern (bei der AG. 4, bei der GmbH. 1) ein Gründungsakt vollzogen werden und durch Ausscheiden der Strohmänner entsteht nachher die Einmanngesellschaft. Dieser Weg ist immerhin umständlich. Der Mantelkauf führt hier zu demselben Ziel und erspart diesen Umweg. Ein Einzelkaufmann kann sofort sämtliche Anteile einer Gesellschaft erwerben und hat so von vornherein eine Einmanngesellschaft, die nach Umkleidung seines bisherigen Betriebes mit dem erworbenen Mantel für sein Unternehmen die beschränkte Haftung herbeiführt [16]).

Ein weiterer Vorteil des Mantelkaufs liegt darin, daß eine tatsächliche Sachgründung vorgenommen werden kann, ohne die Vorschriften der §§ 186 ff. HGB. zu beachten. Das bedeutet einmal eine wesentliche Vereinfachung und Beschleunigung für den Mantelkäufer, ferner vermeidet er dadurch eine sonst nach § 192 HGB. erforderliche Revision. Das hat für ihn die Annehmlichkeit, „nicht alle seine Verhältnisse kontrolliert zu sehen“ [17]). Die Vorschrift des § 279 HGB. läßt sich dabei allerdings nicht umgehen. Darin liegt jedoch keine Schwierigkeit für den Mantelkäufer, da ja der Fall des § 279 Abs. II Satz 2 HGB. praktisch hierbei selten vorkommen wird,

---

12) Staub-Pinner, § 200 Anm. 7; Goldschmit, § 200 Anm. 5; RGZ. Bd. 134, S. 121 und Bd. 105, S. 228.
13) vgl. Becker. in St.u.W. 1926, Sp. 1528.
14) Dieser Fall ist besonders bei Bergbauunternehmen sehr häufig.
15) vgl. Fuld a.a.O.; Fuchs a.a.O.
16) vgl. Feine a.a.O.
17) Strauss, S. 6.

weil es sich in der Regel um schon länger als zwei Jahre bestehende Gesellschaften handeln dürfte [18]).

Neben diesen allgemeinen Fällen, in denen die mit einer Neugründung entstehenden Aufwendungen und Revisionen vermieden werden sollen, kann der Mantelkauf auch dazu dienen, einen Erfolg herbeizuführen, der mit einer Neugründung nicht zu erreichen wäre. Es sind dies Fälle, in denen Mäntel von Gesellschaften erworben werden, denen bestimmte Lizenzen, Kontingente, Quoten oder sonstige, nur schwer zu erreichende Rechte zustehen. Hier will der Mantelkäufer nicht nur unter Vermeidung einer Gründung eine Gesellschaft schlechthin für sein Unternehmen zur Verfügung haben, sondern er will auch darüber hinaus eine Gesellschaft haben, die mit bestimmten Vorrechten ausgestattet ist. Diese Vorrechte bleiben bestehen, da die Gesellschaft dieselbe Rechtspersönlichkeit geblieben ist, auch wenn sie jetzt als Mantel für ein anderes Unternehmen verwendet wird. Dieser Fall spielt z. B. bei den Braunkohlensyndikaten eine Rolle, wo der im Bezirk des Syndikats zu erzielende Umsatz quotenmäßig für mehrere Jahre unkündbar auf die einzelnen Mitglieder verteilt wird. Durch den Ankauf einer unrentabel gewordenen Bergwerksgesellschaft kann sich ein anderes Bergwerk diese Quote verschaffen und seine eigene dadurch vergrößern.

Die vielen Verwendungsmöglichkeiten und Erleichterungen lassen den Mantelkauf im wirtschaftlichen Interesse in vielen Fällen als durchaus gerechtfertigt erscheinen, wenn er auch manchmal wegen des wirtschaftlichen Motivs zu Bedenken Anlaß geben kann. Damit wird aber die rechtliche Seite des Mantelkaufs nicht berührt, seine Gültigkeit ist damit noch nicht bewiesen.

Bevor auf die rechtliche Beurteilung des Mantelkaufs eingegangen wird, soll aber erst von einer Verwendungsmöglichkeit des Mantelkaufs gesprochen werden, die auf einem anderen Gebiet liegt und wegen ihrer Eigenart besonders behandelt werden soll.

§ 3. Mantelkauf und bergrechtliche Gewerkschaft.

Außer bei den Gesellschaften des Handelsrechts kann man die Erscheinung des Mantelkaufs noch auf einem ganz anderen Gebiet beobachten, bei der bergrechtlichen Gewerkschaft [1]).

Mehr als jedes andere gewerbliche Unternehmen erfordert der Bergbau überaus beträchliche geldliche Aufwendungen, deren Umfang sich im voraus nicht einmal annähernd feststellen läßt. Häufig vergehen Jahre, ehe ein rationeller und ausreichender Betrieb eingerichtet ist. Unvorhergesehene Naturereignisse aller Art stellen sich

18) vgl. § 207 Abs. I HGB.

1) Es soll hier nur die Gewerkschaft des Allgem. Berggesetzes für die Preußischen Staaten vom 24. 6. 1865 (ABG.), die sogen. Gewerkschaft neueren Rechts, behandelt werden. Eine Behandlung auch der „älteren" und außerpreußischen Gewerkschaften würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen.

entgegen. So werden meist für die möglichen Gewinnaussichten große Opfer von der Gegenwart gefordert. Für solche Unternehmungen reicht nur ausnahmsweise die Vermögenskraft des Einzelnen aus [2]). Von jeher hat sich daher im Bergbau das Bestreben nach einer möglichst großen Vereinigung von Kapitalkräften geltend gemacht. Als besondere Rechtsform für diese Vereinigung hat sich die bergrechtliche Gewerkschaft entwickelt. Das Wesen der Gewerkschaft liegt darin, daß sie nicht auf einem festen Grundkapital aufgebaut ist. Ihre eigentliche finanzielle Grundlage bilden die Zubußen, die die Gewerken im Bedarfsfalle zu leisten haben [3]). Die Gewerkschaft ist juristische Person und ein Mittelding zwischen AG. und OHG. Mit der AG. hat sie gemeinsam, daß die Gewerken nicht Eigentümer des Bergwerks sind, sondern, wie die Aktionäre, nur nach Maßgabe des Gesetzes und der Satzung am Gewinn und Verlust des Unternehmens beteiligt sind. Mit der OHG. hat sie gemeinsam, daß das Gesellschaftskapital stets wandelbar ist. Diese Gesellschaftsform ist für den Bergbau deshalb so geeignet, weil eine Vorausberechnung des Anlage- und Betriebskapitals nicht erforderlich ist.

Die Gewerkschaft entsteht ipso iure und formlos, ohne besonderen Willensakt der Beteiligten durch die bloße Tatsache, daß mehrere Mitbeteiligte an einem Bergwerk vorhanden sind (§ 94 Absatz I ABG.) [4]). Eine Gewerkschaft kommt nur dann nicht zustande, wenn die Mitbeteiligten ihre Rechtsverhältnisse anderweitig durch Vertrag oder sonstige Willensäußerungen regeln. Nach § 131 ABG. kommen dann die §§ 94—132 ABG. nicht zur Anwendung, d. h. eine Gewerkschaft entsteht nicht. Eine Eintragung in irgend ein Register ist zur Entstehung der Gewerkschaft im Gegensatz zur AG. und GmbH. nicht erforderlich. Zu den Voraussetzungen ihrer Entstehung gehört aber, daß ein verliehenes Bergwerk vorhanden ist. Bergwerk im Sinne des § 94 ABG. ist hier lediglich eine abgekürzte Bezeichnung für „Bergwerkseigentum" (§ 54 ABG.) [5]). Die Folge davon ist, daß bei dem Grundeigentümerbergbau, bei dem ein verliehenes Bergwerk nicht vorhanden ist, für die Gewerkschaft kein Raum ist. Da diese aber die geeignetste Gesellschaftsform für den Bergbau ist, war man bestrebt, sie auch für den Grundeigentümerbergbau zu verwenden. Ein vielfach angewandtes Mittel, um dennoch der Gewerkschaftsform teilhaftig zu werden, ist der sogenannte „Gewerkschaftskauf" oder, wie es meist genannt wird, die „Kaufgewerkschaft". Ihr Wesen besteht darin, daß die am Grundeigentümerbergbau Beteiligten sämtliche Kuxe einer bereits bestehenden Gewerkschaft erwer-

---

2) Ein alter Erfahrungssatz lehrt, daß der Bergbau „nicht eines Mannes Sache" ist.

3) Die unbeschränkte Zubußepflicht wird dadurch gemildert, daß sich der Gewerke durch Preisgabe seines Kuxes der Zahlung der Zubuße entziehen kann.

4) vgl. Klostermann, § 94 Erl. 1; Arndt, Vorbem. zu § 94 und Erl. 3 zu § 94. Anders z. B. in Sachsen; vgl. dazu Klostermann, § 94, Erl. 8.

5) vgl. Isay, § 94 Anm. 3; Klostermann, § 94, Anm. 2.

ben, deren Bergwerk unergiebig geworden oder auch von Anfang an wertlos gewesen ist [6]).

Auf diese Gewerkschaft wird dann das auszubeutende Feld übertragen, so daß sich die Gewerkschaft nunmehr ausschließlich dem Betriebe dieses Bergwerks widmet [7]). Das Endergebnis ist das gleiche, als wenn die Gewerkschaft von Anfang an auf der Grundlage des Eigentümerbergwerks entstanden wäre. Die Kaufgewerkschaft ist also die gleiche Erscheinung wie der Mantelkauf bei der AG. und der GmbH. Es ist nur ein anderer Name für denselben Vorgang: Lediglich die Rechtsform, die ausgestorbene Hülle wird erworben, um mit ihrer Hilfe ein wirtschaftlich neues Unternehmen zu beginnen.

Die preußischen Bergbehörden erblickten anfänglich in dem Gewerkschaftskauf eine Umgehung des Gesetzes und verweigerten die Anerkennung [8]). Nachdem jedoch das Reichsgericht [9]) erklärt hatte, daß in Anbetracht der unbeschränkten Rechts- und Handlungsfreiheit der Gewerkschaft der Betrieb des Grundeigentümerbergbaus durch eine Gewerkschaft nicht durch eine positive Gesetzesbestimmung ausgeschlossen und daher auch nicht unstatthaft sei, haben die Bergbehörden ihren ablehnenden Standpunkt aufgegeben [10]). Diese Entscheidung bezieht sich aber nur auf preußische Gewerkschaften, die sich dem Grundeigentümerbergbau widmen wollen [11]).

Damit sind die Verwendungsmöglichkeiten der Kaufgewerkschaft noch nicht erschöpft. Nicht nur preußische Gewerkschaften werden erworben. Sehr beliebt ist der Kauf außerpreußischer, insbesondere gothaischer Gewerkschaften, da die Einteilung in 1000 Kuxe (§ 101 Abs. 2 ABG.) und eine Bestätigung der Satzung dort oft leichter zu erreichen ist als nach den in Preußen herrschenden Grundsätzen [12]). Auch wird ein Gewerkschaftskauf nicht nur vorgenommen, um mit der erworbenen Gewerkschaft Grundeigentümerbergbau zu betreiben. Häufig werden Gewerkschaften zum Betrieb eines verliehenen Bergwerks erworben, ebenfalls wegen der leichter

---

6) Man kann auch folgendermaßen vorgehen: Die am Grundeigentümerbergbau Beteiligten erwerben gemeinsam ein verliehenes Bergwerk. Dadurch entsteht gemäß § 94 ABG. eine Gewerkschaft. Auf diese Gewerkschaft übertragen sie dann ihr Grundeigentümerbergwerk. Hierbei handelt es sich aber nicht mehr um einen Gewerkschaftskauf, wenn auch das Endergebnis das gleiche ist wie bei diesem.

7) vgl. Voelkel, S. 181; Isay, § 209a, Anm. 7 u. 8.

8) nach § 94 Abs. II AGB. bedarf die Satzung der Bestätigung durch das Oberbergamt.

9) Entscheidungen vom 28. Sept. und 23. Nov. 1901, Z.f.B. Bd. 43, S. 87 und 239.

10) Rekursbescheid v. 17. Januar 1908, Z.f.B. Bd. 49, S. 334. vgl. Voelkel, S. 181.

11) Dies ist besonders wichtig für den Kalibergbau in Hannover, der sonst lahmgelegt zu werden drohte.

12) vgl. die wörtlich übereinstimmenden §§ 101 ABG. und 116 Berggesetz für das Herzogtum Gotha. Der Kauf gothaischer Gewerkschaften hat selbstverständlich jetzt nur noch Bedeutung für solche Gewerkschaften, die noch zur Zeit des Bestehens des Herzogtums Gotha gegründet und bestätigt worden sind.

erteilten Bestätigung der Satzung. Dies nahm derartige Ausmaße an, daß eine wahre Überschwemmung Preußens mit außerpreußischen Gewerkschaften einsetzte. Es hatte sich sehr bald ein Marktpreis für die Kuxe solcher Gewerkschaften herausgebildet, deren Wert nur in der Rechtsform bestand [13]). Es herrscht lebhafter Streit, inwieweit ein solcher Gewerkschaftskauf zulässig ist, und ob solche Gewerkschaften in Preußen anerkannt werden. Wenn auch hier die rechtlichen Schwierigkeiten nicht so groß wie beim Kauf eines AG.- oder GmbH.-Mantels sind, so ist doch manches der Klärung bedürftig. Hierüber soll im II. Teil im Anschluß an die rechtliche Würdigung des Mantelkaufs bei der AG. und GmbH. gesprochen werden.

II. Teil.

DIE RECHTLICHE WÜRDIGUNG DES MANTELKAUFS.

§ 4. Die gesetzliche Regelung des Mantelkaufs.

Bei der Frage der zivilrechtlichen Gültigkeit des Mantelkaufs sind die verschiedensten Gesichtspunkte herangezogen worden. Bevor das Kammergericht den Mantelkauf für unzulässig erklärte, hatte sich das Schrifttum mit dem Mantelkauf wenig befaßt. Man zweifelte im allgemeinen nicht an seiner Gültigkeit. Erst nach den beiden Entscheidungen des Kammergerichts begründete auch das Schrifttum eingehend seinen Standpunkt. Der Gesetzgeber schwieg dazu. Trotzdem glaubte man, mittelbar den Willen des Gesetzgebers aus Bestimmungen entnehmen zu können, durch die die Anwendbarkeit des Mantelkaufs eingeschränkt wurde.

1. § 5. Reichsabgabenordnung.

Als erstes ist hier der § 5 RAO. vom 13. Dezember 1919 zu nennen. Wie oben schon erwähnt, hatten sich zuerst die Finanzgerichte mit dem Mantelkauf beschäftigt. Es handelte sich um seine steuerliche Erfassung. Nach dem Reichsstempelgesetz in der Fassung vom 3. Juli 1913 konnten beim Mantelkauf Steuern nicht erhoben werden [1]). Diese Lücke wurde durch die Einführung des § 5 RAO. geschlossen. Ob der Gesetzgeber bei der Abfassung dieser Vorschrift auch an den Mantelkauf gedacht hat, ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen, wenn auch im Schrifttum die Vermutung ausgesprochen wurde, daß der Mitropafall die Veranlassung für die Einführung des § 5 RAO. gewesen ist. Zumindest scheint nach den Ausführungen von Becker [2]) der Mitropa-Fall im Steuerausschuß der Nationalversammlung bei der Beratung der Reichsabgabenordnung zur Sprache gekommen zu sein. Es sind nach dieser Vorschrift Steuern so zu erheben, wie sie

13) vgl. Kast, a.a.O. S. 398.
1) vgl. die ausführliche Darstellung im § 2.
2) Steuer u. Wirtschaft, 1926, Sp. 1528.

bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären. Damit wird, wenn natürlich auch nicht ausschließlich, der Mantelkauf ebenfalls getroffen, d. h. ein Mantelkauf ist so zu besteuern, wie wenn eine rechtliche Neugründung stattgefunden hätte. Der § 5 RAO. ist wörtlich als § 10 in die neue Reichsabgabenordnung vom 22. Mai 1931 aufgenommen worden. Auf diese Weise war es möglich, wie auch der Reichsfinanzhof in späteren Fällen entschieden hat[3]), bei Mantelkäufen Steuern zu erheben.

Mit dieser steuerlichen Beurteilung war aber die zivilrechtliche Gültigkeit des Mantelkaufs in keiner Weise entschieden. Hierzu wäre eine Untersuchung nach den Grundsätzen des Privatrechts insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung nötig gewesen, was aber unterblieb[4]) und auch mangels Erheblichkeit für die vom Reichsfinanzhof entschiedene Frage unterbleiben konnte.

2. § 42. 2. Durchführungsverordnung zur Goldbilanzverordnung vom 28. März 1924 und Art. II GmbH.Novelle vom 28. Juni 1926.

Weitere Bestimmungen, aus denen man Rückschlüsse auf den Standpunkt des Gesetzgebers zur Frage des Mantelkaufs ziehen zu können glaubte, sind der § 42, 2. DVO. z. GBil.Vo. vom 28. 3. 24 und Art. II GmbH.Novelle vom 28. 2. 26.

Nach Beendigung der Inflationszeit galt es, das Stamm- bezw. Grundkapital der Gesellschaften von Papiermark auf Goldmark umzustellen. Dies geschah durch die Goldbilanzverordnung vom 28. 12. 1923. Mit Rücksicht auf das entwertete Kapital wurde bei alten Gesellschaften wegen des starken Kapitalschwundes während der Inflation im Interesse ihrer Erhaltung ein Grundkapital von mindestens 5 000 GM, bei GmbH. ein solches von 500 GM festgesetzt (§ 10 aaO.). Neue Gesellschaften genossen diese Vergünstigung nicht. Neue AG. mußten ein Grundkapital von mindestens 50000 GM haben[5]). Bei der GmbH. wollte man noch nicht auf den vor der Inflation bestehenden Zustand zurückgreifen und begnügte sich mit einem Mindestkapital von 5 000 GM (§ 17 aaO.). Erst durch die GmbH.Novelle vom 28. Juni 1926 wurde das frühere Mindestkapital wieder eingeführt.

---

3) Urt. v. 23. Juni 1926, Entschdg. des RFH. Bd. 19, S. 230 = St.u.W. 1926, Sp. 1455. Eine GmbH. betrieb ein Unternehmen, dessen satzungsgemäßer Gegenstand die Herstellung von Zuckerwaren war. Eine OHG. erwarb von dem einzigen Gesellschafter sämtliche Anteile und wandelte noch an demselben Tage den Gegenstand des Unternehmens unter vollständiger Änderung des Gesellschaftsvertrages und der Firma in Herstellung und Verlag einer Jugendzeitschrift um.

4) Becker in St.u.W. 1926, Sp. 1526; Strauss, S. 4.

5) Dem bisherigen Recht war die Festsetzung eines Mindestkapitals bei der AG. unbekannt. Dadurch, daß mindestens 5 Gründer vorhanden sein mußten, von denen jeder wenigstens eine Aktie von 1000 M übernehmen mußte (§§ 180, 182 HGB.), ergab sich ein Grundkapital von wenigstens 5000 M.

Eine GmbH. muß jetzt wieder ein Mindestkapital von 20 000 RM aufweisen. Durch diese Regelung war der eigenartige Zustand geschaffen, daß GmbH. mit ganz verschiedenem Mindestkapital nebeneinander bestehen konnten. Es gab drei Gruppen:

1. die umgestellten Gesellschaften mit einem Stammkapital von wenigstens 500 RM.
2. die nach Erlaß der GBilVO. gegründeten Gesellschaften mit einem Stammkapital von mindestens 5 000 RM.
3. die nach dem 1. Juli 1926 gegründeten Gesellschaften mit einem Stammkapital von mindestens 20 000 RM.

Ebenso gab es bei der AG. Gesellschaften mit 5 000 RM und solche mit 50 000 RM Mindestkapital.

Hier bestand die Gefahr, daß versucht wurde, im Wege des Mantelkaufs die für die alten Gesellschaften geschaffenen Vergünstigungen in einer dem Sinne des Gesetzes zuwiderlaufenden Weise auszunutzen und den erstrebten Erfolg — Vermeidung von Zwerggesellschaften — zu vereiteln. Wollte man eine Gesellschaft mit weniger als dem gesetzlich für Neugründungen vorgeschriebenen Mindestkapital errichten, so hätte der Mantel einer vor der GBilVO. schon bestehenden Gesellschaft erworben und für das neue Unternehmen verwendet werden können. Rechtlich lag keine Neugründung vor, es handelte sich immer noch um dieselbe Rechtspersönlichkeit.

Es war eigentlich selbstverständlich, daß der Gesetzgeber dagegen einschritt und derartige Erscheinungen nach Möglichkeit verhinderte. Dies geschah durch die erwähnten Bestimmungen [6]). Ziel und Zweck der beiden Vorschriften waren, einmal zu verhüten, daß die zahlreichen, namentlich aus der Inflation herrührenden, mehr oder weniger nur noch auf dem Papier des Handelsregisters stehenden leblosen Gesellschaften, die nur noch den Mantel darstellten, zur Umgehung von Neugründungen mißbraucht wurden [7]). Ferner wollte man die sogenannten Zwerggesellschaften durch Nötigung zur Erhöhung des Grund- bezw. Stammkapitals verschwinden lassen [8]). Man wollte sie nicht sofort beseitigen, gestattete ihnen aber nicht eine Neuordnung ihrer Verhältnisse ohne Erhöhung des Kapitals auf den für Neugründungen festgesetzten Mindestbetrag. Beide Bestimmungen besagen inhaltlich übereinstimmend, daß die Vergünstigung

---

6) § 42 2. DVO. z. GBilVO. in der Fassung der Verordnung v. 14. Juli 1926: Eine Neugründung ... liegt auch dann vor, wenn bestehende AG. und GmbH. ihre Verhältnisse wesentlich ändern, insbesondere wenn sie eine wesentliche Änderung des Gegenstandes des Unternehmens, ihrer Verfassung, der Zusammensetzung ihrer Organe oder der Art ihres Geschäftsbetriebes vornehmen. — Art. II Abs. 2 GmbH.Novelle: Ändert jedoch die Gesellschaft ihre Verhältnisse wesentlich, nimmt sie insbesondere eine wesentliche Änderung des Gegenstandes des Unternehmens, ihrer Verfassung, der Zusammensetzung ihrer Organe oder der Art ihres Geschäftsbetriebes vor, so sind diese Veränderungen nur dann einzutragen, wenn die Vorschriften des Art. I dieses Gesetzes bereits erfüllt sind oder gleichzeitig erfüllt werden.

7) Ebenso Schmidt, S. 2048.

8) vgl. Becker, in ZBl.f.H. 1928, S. 3.

des verminderten Gesellschaftskapitals aufhört, wenn ein neues Unternehmen begonnen wird. Sie stimmen auch jetzt nach der Änderung des § 42 l. c. durch Verordnung vom 14. Juli 26 im Wortlaut fast überein. Sie richten sich gegen eine grundlegende Umbildung des Unternehmens, die im tatsächlichen Ergebnis einer Neuerrichtung gleichkäme [9]). Ein neues Unternehmen im Sinne dieser Vorschriften ist dann vorhanden, wenn sich die Verhältnisse der Gesellschaft wesentlich ändern. Wann dies der Fall ist, ist Auslegungsfrage und nur im einzelnen Fall zu entscheiden. Die vom Gesetz aufgezählten Fälle sind nur Beispiele. Es sind auch andere wesentliche Änderungen denkbar. Eine wirtschaftliche Neugründung liegt unbestritten vor, wenn ein Wechsel sämtlicher oder der überwiegenden Mehrzahl der Gesellschafter stattgefunden hat, Verwaltung und Geschäftsführung gewechselt haben und der Gegenstand des Unternehmens und die Firma durchgreifend geändert sind. Inwiefern beim Vorhandensein nicht aller dieser Merkmale eine wirtschaftliche Neugründung vorliegt, kann nicht allgemein gesagt werden. Ausschlaggebend müssen wirtschaftliche Gesichtspunkte, die wirtschaftliche Wirkung und Tragweite der Veränderung sein. Als wesentliche Änderung der Gesellschaftsverhältnisse wird man nur solche ansehen dürfen, die allgemein geeignet sind, die Art des Geschäftsbetriebes des Unternehmens grundlegend zu verändern und damit die Gesellschaft zu etwas anderem umzuwandeln, als sie bisher war [10]). Danach werden die beiden oben genannten Vorschriften auf den Mantelkauf immer anzuwenden sein, da bei ihm eine wesentliche Änderung der Gesellschaftsverhältnisse ausnahmslos vorliegen wird. Es liegt ja gerade in seinem Wesen, durch Ausnutzung des leeren Mantels eine wirtschaftliche Neugründung unter Vermeidung einer rechtlichen vorzunehmen.

Mögen daher Mantelkäufe überhaupt rechtlich zulässig sein oder nicht, zumindest müssen die Vorschriften der Goldbilanzverordnung und der GmbH.Novelle über das Mindestkapital eingehalten werden, d.h. es muß bei der AG. ein Grundkapital von wenigstens 50000 RM und bei der GmbH. ein Stammkapital von wenigstens 20 000 RM vorhanden sein. Eine beachtliche Einschränkung des Mantelkaufs hat dies aber praktisch kaum zur Folge, denn die sonstigen Vorteile des Mantelkaufs an Zeit- und Geldersparnis bleiben uneingeschränkt bestehen.

Die Frage, ob Mantelkäufe an sich gültig sind, ist weder in der Goldbilanzverordnung noch in der GmbH.Novelle ausdrücklich geregelt.

Von einem Teil des Schrifttums [11]) wird aber angenommen, daß der Gesetzgeber durch die eben erwähnten Bestimmungen den Han-

---

9) vgl. D.Not.Z. 1928, S. 230 ff.

10) vgl. Becker, in ZBl.f.H. 1928, S. 2; Hachenburg, GmbH., S. 526, Anm. 6; Becker in GmbH.R. 1927, S. 46 ff.; RG. in GmbH.R. 1927, S. 185 und 246; 1928, S. 177.

11) so Byk, in JW. 1924, S. 1535.

del mit Gesellschaftsmänteln mittelbar gestattet habe. Denn, so wird von den Vertretern dieser Ansicht gefolgert, was hätte es für einen Sinn, auf der einen Seite Vorschriften zu erlassen, durch die Mantelkäufe eingeschränkt und Auswüchse verhindert werden sollen, wenn man den Mantelkauf auf der anderen Seite überhaupt und grundsätzlich für unzulässig erachtet. Das seien Widersprüche, die nicht miteinander vereinbar seien. Man könne dem Gesetzgeber eine derartige Widersinnigkeit nicht zumuten. Wenn er also solche Bestimmungen erlasse, so sei der einzig mögliche Schluß der, daß er grundsätzlich gegen den Mantelkauf nichts einzuwenden habe.

Das Kammergericht tritt dieser Ansicht entgegen, mit der Begründung, daß die Bestimmungen der Goldbilanzverordnung und der GmbH.Novelle trotz der grundsätzlichen Ungültigkeit des Mantelkaufs noch ihre Bedeutung behielten, da ihr Anwendungsgebiet nicht auf Mantelkäufe beschränkt sei [12]). Dieser Ansicht des Kammergerichts ist beizutreten. Ein Rückschluß auf die Gültigkeit von Mantelkäufen wäre nur dann zulässig, wenn die erwähnten Bestimmungen ausschließlich und allein auf den Mantelkauf Anwendung finden würden. Alle Fälle, die dadurch betroffen werden, müßten also Mantelkäufe sein. Das ist nicht der Fall. Man wollte, wie schon gesagt, die Zwerggesellschaften ausrotten. Die den bestehenden Gesellschaften gegebene Vergünstigung galt nur ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit. Hörte das Unternehmen in der bisherigen Form auf zu bestehen, so sollte auch diese Vergünstigung fortfallen. Es war also dem Gesetzgeber gleichgültig, wie ein neues Unternehmen entstand, ob durch eine rechtliche Neugründung oder Benutzung einer alten Rechtsform. Ihm war nur darum zu tun, daß die Vorschriften über das Mindestkapital erfüllt wurden. Es sollten alle wirtschaftlichen Neugründungen schlechthin getroffen und den rechtlichen Neugründungen gleichgestellt werden. Eine wirtschaftliche Neugründung kann sich aber sowohl mit als ohne Gesellschafterwechsel vollziehen. Wenn z. B. die ursprünglichen Gesellschafter die Verhältnisse ihrer Gesellschaft von Grund auf umgestalten, so haben auch sie die Vorschriften über die Höhe des Gesellschaftskapitals zu beachten. Solche Fälle fallen unzweifelhaft unter den § 42 l. c. Da aber kein Gesellschafterwechsel stattgefunden hat, liegt kein Mantelkauf vor. Es sind also nicht ausschließlich Mantelkäufe, die von dieser Vorschrift getroffen werden. Die einschränkende Bestimmung beruht nicht etwa schlechthin auf einer Abneigung des Gesetzgebers gegen die Verwendung von Gesellschaftsmänteln überhaupt, sie erklärt sich vielmehr aus dem Bestreben, wirtschaftliche Unternehmungen nicht als Zwerggesellschaften in Erscheinung treten zu lassen.

Der Gesetzgeber hat mit der Fassung dieser Bestimmungen über die Zulässigkeit von Mantelkäufen überhaupt nichts sagen wollen. „Er hat es nicht darauf ankommen lassen wollen, ob solche Machenschaften als unmittelbare Umgehung der Goldbilanzverordnung von den Gerichten als unwirksam behandelt werden, sondern ist ihnen

12) JW. 1925, S. 635.

durch diese Vorschriften über wirtschaftliche Neugründungen mit ausreichender Wirksamkeit entgegengetreten“ [13]).

Man wird nicht sagen können, daß damit die grundsätzliche Rechtsfrage des Mantelkaufs geklärt ist, daß insbesondere die GmbH.Novelle in den von ihr gegebenen Schranken den Handel mit Gesellschaftsmänteln legalisiert habe. Die Goldbilanzverordnung und GmbH.Novelle gestatten nicht den Mantelkauf [14]). Ebenso falsch ist es natürlich zu behaupten, diese Bestimmungen verbieten den Verkauf von Gesellschaftsmänteln für die Zukunft [15]).

Abzulehnen ist auch die Ansicht Goldschmits [16]), der aus beiden Gesetzen die Folgerung zieht, daß beim Vorliegen einer Neugründung im Sinne dieser Bestimmungen, also auch beim Mantelkauf „alle Gründungsvorschriften und Sicherungen (Gründerbericht, Prüfung, die Bestimmungen des § 186 HGB, Anmeldung usw.) zu beachten seien.“ Die beiden Vorschriften besagen lediglich, daß in solchen Fällen die Bestimmungen über das Mindestkapital einzuhalten sind. Ob auch die Vorschriften des HGB. und GmbH.Gesetzes über die Gründung zu beachten sind, geht aus ihnen nicht hervor.

§ 5. Die Rechtsprechung des Kammergerichts.

Die Frage, ob der Mantelkauf grundsätzlich oder wenigstens in einzelnen Fällen unzulässig ist, ist nach anderen Gesichtspunkten zu beurteilen [1]). Das Kammergericht hat diese Frage aus dem Begriff der Gesetzesumgehung und der guten Sitten heraus zu lösen versucht. Es hat in zwei grundlegenden Entscheidungen [2]), die im übrigen denselben Fall betreffen, den Mantelkauf für unzulässig erklärt [3]). Das Kammergericht hat dort die Ansicht vertreten, daß „die Abtretung sämtlicher Geschäftsanteile, die mit Wissen und Willen beider Teile nur den Zweck habe, die Ausnutzung der offensichtlich inhaltlosen Gesellschaftsform zur Erreichung eines sonst nicht zu verwirklichenden Zieles, nämlich der Eröffnung eines neuen Geschäfts eines Einzelkaufmanns in der Form einer GmbH. zu ermöglichen, nach § 138 BGB. nichtig sei und dem Erwerber die Geschäftsanteile nicht verschafft habe.“ Besonders in seiner zweiten Entscheidung vom 18. Dezember 1924 hat sich das Kammergericht mit Rücksicht auf die gegen seine erste

13) Becker in GmbH.R. 1927, S. 47.
14) ebenso Staub-Pinner, § 180, Anm. 2a.
15) vgl. Breit, Goldbilanz, S. 394.
16) § 182, Erl. 39.
1) Ebenso Feine und Schmidt, a.a.O.
2) JW. 1924, S. 1535, 1925, S. 635 = JFG. Bd. II, S. 206.
3) Jemand erwarb sämtliche Geschäftsanteile einer GmbH., die „V. u. W. Agentur- und Kommissions-GmbH.“ firmierte, und deren Gegenstand die Übernahme von Vertretungen, der An- und Verkauf von Tabak, Textilien und Manufakturen war, und machte aus der Vertretungs- und Handels-GmbH. eine Fabrikations-GmbH., indem er die Firma in „Kunst- und Spinnstoff-GmbH.“ umwandelte, den Gegenstand des Unternehmens in „Herstellung von Kunstwolle und Kunstbaumwolle“ umänderte und sich zum Geschäftsführer bestellte.

Entscheidung erhobenen Angriffe [4]) mit einigen grundsätzlichen Fragen über den Mantelkauf befaßt, hat aber an seinem Standpunkt festgehalten.

Grundsätzlich bringt das Kammergericht ganz allgemein seine Abneigung gegen den Mantelkauf zum Ausdruck. Es erklärt, „daß der Handel mit Gesellschaftsmänteln eine höchst unerfreuliche Erscheinung unseres Wirtschaftslebens sei". Aus dieser wohl mehr gefühlsmäßigen Einstellung heraus hat das Kammergericht seine Ansicht zu begründen versucht. Ein Mantelkauf, so sagt es, sei mit dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar. Dabei sei es noch nicht von entscheidender Bedeutung, daß die rechtsgeschäftliche Form, deren man sich beim Mantelkauf bediene, eine andere Rechtsform als der natürliche und übliche Weg zur Erreichung des Erfolges sei. Hier handle es sich vielmehr um den ganz anderen Fall, daß der bezweckte Erfolg überhaupt nicht erzielbar und eine für ganz andere Zwecke bestimmte Rechtsform gewollt sei. Es würde damit etwas erreicht, was das Gesetz versagt habe, und hierin läge eine Gesetzesumgehung. Die Begründung sei bei der AG. und GmbH. verschieden.

Gerade bei dem Verkauf eines Aktienmantels sei die Vereitelung des besonderen Zwecks, der durch die Gründungsvorschriften des Aktienrechts erfüllt werden soll, offensichtlich. Die Personen, die ein Unternehmen in der Form einer AG. durch Kauf eines Aktienmantels ins Leben rufen, entzögen sich der die Gründer treffenden zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit (§§ 202, 313 HGB.). Der Schutz des § 186 HGB. werde aufgehoben, Sacheinlagen könnten im Wege einer Kapitalseinlage erfolgen. Es genüge Offenlegung im Gesellschaftsvertrage (§ 279 HGB.). Einer Revisorenprüfung bedürfe es nicht, wie sie bei Sacheinlagen bei einer Neugründung notwendig sei (§§ 192, 193 HGB.). Diese Erwägungen führen dann das Kammergericht zu dem Ergebnis, daß Käufe von Aktienmänteln allgemein als sittenwidrig anzusehen seien, da sie den mit dem gesetzlichen Gründungsschutz verfolgten Zweck vereiteln, auch wenn es sich im einzelnen Falle um eine unlautere Gründung nicht handele, und das wirtschaftliche Bedürfnis, ohne den mit den Gründungsförmlichkeiten verbundenen Zeitverlust die Rechtsform einer AG. zu erlangen, darunter leide [5]).

Einen anderen Standpunkt vertritt das Kammergericht bei der GmbH. Hier sei der Gründungsschutz nicht in gleicher Weise ausgebildet wie bei der AG. Sowohl Gründung als gesellschaftliches Leben unterlägen nicht der Kontrolle der Öffentlichkeit. Es sei kein Unterschied zwischen Sacheinlagen bei der Gründung und der Kapitalserhöhung. Der Kauf eines GmbH.Mantels sei deswegen allgemein nicht sittenwidrig.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall folgert es die Nichtigkeit aus anderen Gesichtspunkten. Das Gesetz kenne eine

4) vgl. die Anmerkungen von Byk und Hachenburg in JW. 1924, S. 1535.
5) Über die Richtigkeit dieses Standpunkts bezüglich des Mantelkaufs bei der AG. soll erst in den §§ 6 und 7 gesprochen werden.

Beschränkung der Haftung nur unter der Voraussetzung, daß eine Gesellschaft, d. h. eine Mehrheit von Personen bestehe. Ein Einzelunternehmen könne die beschränkte Haftung nicht unmittelbar, sondern nur über den Umweg einer wirklichen Gesellschaftsbildung erlangen. Es sei klar, daß die Herbeiführung der Haftungsbeschränkung für das Unternehmen eines Einzelkaufmanns durch den Erwerb eines Gesellschaftsmantels vom Gesetz ganz und gar nicht gewollt sei. Stehe nicht die Erhaltung, sondern die Herbeiführung der Haftungsbeschränkung für ein ganz anderes Unternehmen in Frage, so müsse wieder eine Personenmehrheit vorhanden sein. Ein Mantelkauf durch eine Einzelperson vertrage sich nicht mit einem Gesetz, das nicht zulasse, daß ein Einzelunternehmen von Anfang an in der Form einer GmbH. betrieben werde. Es sei also eine Umgehung des Gesetzes, wenn mit Hilfe des Mantelkaufs die Form einer vorhandenen Gesellschaft dazu benutzt werde, ohne Gesellschaftsbildung für ein Unternehmen die beschränkte Haftung herbeizuführen. Auf wirtschaftliche Bedürfnisse dürfe hierbei keine Rücksicht genommen werden. Diese müssen zurücktreten, wenn ein Verstoß gegen zwingende gesetzliche Vorschriften in Frage komme.

Die Ansicht des Kammergerichts, daß der Mantelkauf zu den unerfreulichen Erscheinungen unseres Wirtschaftslebens gehört, kann nicht als zutreffend anerkannt werden, zumindest nicht in dieser Verallgemeinerung [6]). Der Mantelkauf kann, wie gezeigt wurde, sehr wohl wirtschaftlich berechtigten Interessen dienen und braucht ferner nicht immer eine Umgehung des Gesetzes zu erstreben. Mit Recht ist das Schrifttum dieser Anschauung des Kammergerichts mit der zutreffenden Begründung entgegengetreten, daß die Ansicht des Kammergerichts der allgemein herrschenden Auffassung widerspreche. Namentlich wenn der Mantelkauf dazu dienen soll, für ein vorhandenes Unternehmen aus wirtschaftlich zwingenden Gründen sofort eine Rechtspersönlichkeit zur Hand zu haben, oder wenn es sich um „Sanierung eines ins Stocken geratenen Unternehmens oder um Verwertung vorhandener Bestände zu verwandten oder ähnlichen Zwecken“ [7]) handelt, kann man ihn nicht von vornherein mit der Begründung ablehnen, daß er eine „unerfreuliche Erscheinung unseres Wirtschaftslebens“ sei. Der Umstand, daß eine Neugründung erspart wird, kann jedenfalls nicht zur Ungültigkeit dieses Verfahrens führen. „Es besteht kein wirtschaftliches Interesse, eine vorhandene Gesellschaft aufzulösen und zu liquidieren und gleichzeitig eine neue zu errichten“ [8]). Allerdings mutet der Mantelkauf zunächst etwas fremd an, weil sowohl im HGB. wie im GmbH.Gesetz an eine derartige Möglichkeit nicht gedacht worden ist. Es muß auch zugegeben werden, daß er in vielen Fällen, z. B. bei der Vermeidung einer Sachgründung gemäß § 186 HGB. und einer damit verbundenen

6) ebenso Byk, a.a.O.; Hachenburg i. ZBl.f.H. 1926, S. 298 ff.; Fuld, a.a.O.

7) Feine, a.a.O.

8) Hachenburg in JW. 1924, S. 1536.

Revision durchaus nicht zu befürworten ist. Das ist aber noch kein ausreichender Grund, ihn von vornherein abzulehnen, ebenso wie seine wirtschaftliche Berechtigung für sich allein genügt, um ihn anzuerkennen. Entscheidend kann nur sein, ob der Mantelkauf mit den Bestimmungen des geltenden Gesetzes — ohne Rücksicht auf die vermeintlichen Absichten des Gesetzgebers — vereinbar ist oder nicht.

Das Kammergericht hält den Mantelkauf mit dem Gesetz für unvereinbar, weil die Beschränkung der Haftung für einen Einzelkaufmann nicht möglich sei Seine Ansicht beruht mehr oder weniger auf einer Abneigung gegen die Einmann-Gesellschaft [9]). Es will zwar die Zulässigkeit einer Einmann-Gesellschaft nicht anzweifeln, will sie aber doch beschränken. Sie sei nur da möglich, wo ein Gesellschafter oder ein Dritter alle Anteile erwerbe, um den bestehenden Betrieb fortzuführen. Wenn aber ein solcher Betrieb nicht mehr bestehe, könne das Unternehmen einer Einzelperson nicht in die Form der AG. oder GmbH. überführt werden. Diese Ansicht ist unzutreffend.

Eine Einmann-Gesellschaft ist sowohl bei der AG. wie bei der GmbH. rechtlich zulässig. Eine Mehrheit von Gesellschaftern ist nur für die Entstehung der Gesellschaft erforderlich. Ohne eine solche Mehrheit ist eine Entstehung nicht denkbar. Später ist aber die Gesellschaft an eine Personenmehrheit nicht mehr gebunden. Sobald sie einmal entstanden ist, hat die Zahl der Gesellschafter für sie keinerlei Bedeutung mehr. Nachdem sich sowohl Rechtsprechung als auch der überwiegende Teil des Schrifttums für die Einmann-Gesellschaft ausgesprochen hatten [10]), hat ja auch jetzt der Gesetzgeber die Zulässigkeit der Einmann-Gesellschaft bejaht [11]).

Aus der Anerkennung der Einmann-Gesellschaft folgt aber weiter, daß ein Rechtsgeschäft, das die Erreichung dieses Zweckes erstrebt, von vonherein weder gegen das Gesetz noch gegen die guten Sitten verstoßen kann. Wie dieses Ziel erreicht wird, ist gleichgültig, sofern dabei der gewählte Weg nicht gegen eine zwingende gesetzliche Vorschrift verstößt. Dieser Gesichtspunkt hat auch für den Mantelkauf zu gelten. Das Ziel, die Erreichung einer Einmann-Gesellschaft, kann danach nicht sittenwidrig sein. Es bleibt nur die Möglichkeit, daß ein Verstoß gegen das Gesetz und die guten Sitten in dem eingeschlagenen Weg gefunden wird. „Der Mantelkauf müßte eine ihm eigene Gefahr in sich bergen, um als Mittel zur Erreichung einer Einmann-Gesellschaft abgelehnt werden zu können" [12]). Das Kammergericht behauptet dies, und zwar, wie oben schon gesagt wurde, weil der Mantelkäufer nicht die Erhaltung, sondern die Herbeiführung der Haftungsbeschränkung erstrebe. Als Beweis für seine Behauptung führt es die Strohmanngründung an. Mit der herrschen-

9) Ebenso Fuld, a.a.O.

10) vgl. RGZ. Bd. 62, S. 73 und Bd. 98, S. 289; Staub-Pinner, § 292, Anm. 18, § 179, Anm. 20a; Hachenburg, GmbH. § 13, Anm. 1; Brodmann, AG. § 292, Anm. 6 f.; GmbH. § 2, Anm. 8.

11) vgl. § 8 des Ges. über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934 (RGBl. S. 569).

12) Strauss, S. 30.

den Meinung ist anzunehmen, daß der Strohmann in Wahrheit als Gründer, also wie ein wirklicher Gesellschafter anzusehen ist [13]). Daraus geht aber nach der Ansicht des Kammergerichts hervor, daß eine Einmann-Gesellschaft nicht von vornherein gegründet werden könne, sondern daß immer erst einmal eine wirkliche Gesellschaftsgründung vorliegen müsse. Das weitere Schicksal der Gesellschaft sei dann gleichgültig.

Mit dem Hinweis auf die Strohmanngründung wird aber gerade die gegenteilige Ansicht unterstützt. Wenn das Kammergericht sagt, daß die Haftungsbeschränkung für ein einzelkaufmännisches Unternehmen nicht erreichbar sei, so liegt der Fehler schon darin, daß hier die Begriffe „Unternehmen" und „Gesellschaft" nicht streng auseinandergehalten werden. Eine Rechtspersönlichkeit mit Haftungsbeschränkung für die beteiligten Personen kann allerdings nur durch mehrere Personen begründet werden. Demgegenüber ist die wirtschaftliche Neugründung, also die tatsächliche Inbetriebnahme des Unternehmens, unabhängig von der Zahl der Gesellschafter. Bei der Strohmanngründung wird die Gesellschaft zwar durch mehrere Personen gegründet. Die Geschäftseröffnung braucht aber nicht mit der Gründung zusammenzufallen. Es steht im Belieben der Gesellschafter, ob dies sofort oder erst nach einiger Zeit geschehen soll. Wenn die Strohmänner nach Errichtung der Gesellschaft ihre Anteile an den einzelnen Gesellschafter abtreten und dieser dann erst das Unternehmen eröffnet, so ist die wirtschaftliche Neugründung tatsächlich ein Akt der Einmann-Gesellschaft. Auch das Kammergericht gibt zu, daß dieser Vorgang unbedenklich sei, „weil der Grundsatz, daß das Geschäft eines Einzelkaufmanns nicht von vornherein in der Form einer GmbH. zu betreiben ist, dadurch in zulässiger Weise durchbrochen werden kann, daß man die Vereinigung der Geschäftsanteile in der Person eines Gesellschafters der Inbetriebnahme des Geschäfts vorangehen läßt." Damit ist aber bewiesen, daß bei der Strohmanngründung die wirtschaftliche Gründung, also die Eröffnung des Geschäfts im Gegensatz zu der rechtlichen Gründung ein Werk der Einmann-Gesellschaft sein kann. Die „Begründung der Haftungsbeschränkung für ein einzelkaufmännisches Unternehmen" ist also auf diesem Wege möglich. Was jedoch bei der Strohmanngründung erlaubt ist, kann beim Mantelkauf nicht von vornherein verboten sein und gegen die guten Sitten verstoßen. Die Strohmanngründung, die zwar vom Kammergericht als Mißbrauch des Gesetzes, aber trotzdem als zulässig gekennzeichnet wird, hat sich im Wirtschaftsleben herausgebildet, weil es im deutschen Recht ein sogenanntes Einzelunternehmen m. b. H. nicht gibt. Der gleiche Grund hat aber zu der Einführung des Mantelkaufs geführt. Auch er bietet nur einen Weg, um einem einzelkaufmännischen Unternehmen die beschränkte Haftung zu geben [14]). Der Unterschied zwischen Strohmanngründung und Mantelkauf liegt in der wirtschaftlichen Vergangenheit der Gesellschaft. Bei der Stroh-

13) vgl. Staub-Pinner, § 182, Anm. 12; RGZ. Bd. 84, S. 21.
14) ebenso Strauss, S. 32.

manngründung handelt es sich um eine wirtschaftlich noch nicht vorhandene, beim Mantelkauf dagegen um eine in der Regel wirtschaftlich abgestorbene Gesellschaft. Rechtlich liegen beide Fälle gleich. Wenn man also die Strohmanngründung für zulässig erachtet [15]), so darf man auch den Mantelkauf nicht für unzulässig erklären, wenigstens nicht aus dem Gesichtspunkt der Haftungsbeschränkung für ein einzelkaufmännisches Unternehmen [16]).

Das Kammergericht stellt fest, daß in der Erreichung dieses sonst nicht zu verwirklichenden Zieles eine Gesetzesumgehung liegt, die zur Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. I BGB. führt, wenn dies auch in der zweiten Entscheidung nicht so deutlich ausgesprochen ist, wo das Vorgehen des Mantelkäufers schlechthin ohne nähere Begründung als „unwürdig" bezeichnet wird. Da das Kammergericht andere Gesichtspunkte für das Vorliegen einer Sittenwidrigkeit nicht anzuführen vermag, entfällt demnach der Vorwurf der Sittenwidrigkeit, wenn eine Gesetzesumgehung nicht festgestellt werden kann. Dies ist aber hier der Fall, wie oben gezeigt wurde. Das Kammergericht wendet den § 138 BGB. in einer Weise an, wie sie schon Hölder [17]) gerügt hat. Es geht nicht an, nur weil sich ein anderer Grund für die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht finden läßt, aus einer unbegründeten Abneigung heraus den § 138 BGB. als letzten Ausweg, als ultima ratio heranzuziehen.

Das Kammergericht ist sich wohl selbst der Angreifbarkeit seiner Entscheidung bewußt gewesen. Es gibt nämlich zu, daß es beim Mantelkauf nichts Verbotenes und Sittenwidriges mehr zu finden vermag, wenn nicht eine, sondern mehrere Personen den Mantel erwerben. Dem Kammergericht genügt also, wenn zwischen das einzelkaufmännische Unternehmen und dem Eintritt der Haftungsbeschränkung lediglich aus formalen Gründen eine Personenmehrheit eingeschaltet wird. Das kann aber nicht der Sinn des Gesetzes sein [18]).

Mit der Begründung des Kammergerichts allein kann man den Mantelkauf nicht für unzulässig erklären. Es geht aber auch nicht an, ihn ohne weiteres aus allgemeinen Erwägungen heraus für gültig zu erachten [19]). Vielmehr ist der Mantelkauf wie jedes andere Rechtsgeschäft zu behandeln. Wie dieses, so unterliegt auch er den allgemeinen Vorschriften, d. h. er hat sich im Rahmen der Gesetze und der guten Sitten zu halten. Dies gilt für das erstrebte Ziel und für den Weg, der zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges gewählt wird. Dabei ist aber zu beachten, daß nicht nur der gewöhnliche und übliche Weg, sondern jeder rechtlich zulässige offen steht [20]). Ferner ist zu berücksichtigen, daß der Mantelkauf kein Umgehungsgeschäft darstellen

15) Das ist allgemein in Rechtsprechung und Schrifttum geschehen. Vgl. Staub-Pinner, § 182, Anm. 12. Düringer-Hachenburg, § 182, Anm. 13; RGZ. Bd. 84, S. 21.
16) Ebenso Byk und Feine a.a.O.
17) DJZ. 1908, S. 46 ff.
18) Ebenso Staub-Pinner, § 195, Anm. 14c.
19) so z. B. Koenige, § 292, Anm. 5 f.
20) RGZ. Bd. 100, S. 212.

darf, d. h. daß dadurch die Umgehung eines gesetzlichen Verbots oder Gebots vorgenommen werden soll mit dem ausdrücklichen Zweck, gegen den Willen des Gesetzgebers zu handeln. Es muß also geprüft werden, ob der Erfolg überhaupt oder nur ein bestimmter Weg verboten ist.

Bei dieser Untersuchung darf aber nicht so vorgegangen werden, wie es Breit[21]) will. Es geht nicht an, daß der Mantelkauf in seine einzelnen Bestandteile zerlegt wird und dann diese einzelnen Stadien völlig getrennt von einander beurteilt werden. Wenn sie auch zeitlich nicht zusammenzufallen brauchen, so sind sie doch untrennbar miteinander verbunden, denn erst die Gesamtheit der Vorgänge gibt dem Mantelkauf sein Gepräge. Es müssen also auch alle Stadien gemeinsam betrachtet werden.

§ 6. Der Mantelkauf und die Gründungsvorschriften des HGB. und GmbH.Gesetzes.

Immer soll bei einem Mantelkauf eine wirtschaftliche Neugründung vorgenommen, eine rechtliche aber vermieden werden. Das geltende Recht behandelt beide verschieden. Eine rechtliche Neugründung kann nicht nach dem freien Belieben der Gesellschafter vor sich gehen. Sie ist vielmehr an bestimmte Vorschriften gebunden. Es ist also zunächst zu untersuchen, ob der Mantelkauf dadurch etwas Ungesetzliches oder Unsittliches in sich birgt, daß bei ihm diese formellen Gründungsvorschriften nicht beachtet werden.

Die Wichtigkeit einer rechtlichen Neugründung bringt es mit sich, daß sie in bestimmten geordneten Bahnen vor sich zu gehen hat und der Öffentlichkeit nicht verborgen bleiben darf. Nach § 182 HGB., § 2 GmbH.Gesetz ist der Gesellschaftsvertrag der die wichtigsten Bestimmungen über die Zusammensetzung und das Tätigwerden der späteren Gesellschaft enthalten muß, in gerichtlicher oder notarieller Urkunde festzulegen. Das ist die Grundbedingung für die Entstehung der Gesellschaft. Rechtlich besteht sie aber damit noch keineswegs. Erst durch die Eintragung ins Handelsregister erlangt die errichtete Gesellschaft Rechtsfähigkeit (§§ 195, 200 HGB., 7, 11 GmbH.Ges.). Nach ihrer Entstehung ist das Leben der Gesellschaft wesentlich freier gestaltet und nicht mehr an derart strenge Formvorschriften gebunden. Mit der Gründung haben diese ihren Zweck erfüllt.

In dem Gesellschaftsvertrage muß zwar der Gegenstand des Unternehmens angegeben sein. Diese Angabe muß auch ernst gemeint sein, da sonst eine unzulässige und ungültige Mantelgründung[1]) vorliegen würde. An diesen Gegenstand ist aber die Gesellschaft später nicht mehr gebunden. Nach § 275 HGB., § 53 GmbH.Ges. ist eine Änderung des Gegenstandes des Unternehmens jederzeit möglich.

21) JW. 1925, S. 635.
1) Über die Mantelgründung vgl. oben § 1.

Diese Änderung hat auf den rechtlichen Bestand der Gesellschaft nicht den geringsten Einfluß. Der neue Gegenstand braucht auch mit dem alten in keinerlei Zusammenhang zu stehen. Nach der Entstehung der Gesellschaft sind also das rechtliche und das wirtschaftliche Schicksal nicht mehr miteinander verbunden. Der Gesetzgeber hätte auch anders verfahren können. Er hätte beides miteinander verbinden können derart, daß eine Änderung des Gegenstandes des Unternehmens die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hätte. Das Ergebnis davon wäre, daß der Beginn eines neuen Unternehmens, d. h. eine wirtschaftliche Neugründung, rechtsnotwendig eine rechtliche nach sich ziehen würde. „Rechtliche und wirtschaftliche Neugründung wären eins" [2]).

Eine solche Regelung hat der Gesetzgeber nicht getroffen. Eine wirtschaftliche Neugründung ist kraft ausdrücklicher Vorschrift möglich, ohne eine rechtliche erforderlich zu machen. Notwendig ist nur die nach § 275 HGB., § 53 GmbH.Gesetz verlangte Mehrheit, die ja der Mantelkäufer besitzt [3]). Welche Gesellschafter diese Umänderung vornehmen, ist gleichgültig. Es macht keinen Unterschied, ob dies noch die ursprünglichen Gesellschafter oder die Neuerwerber sind. Das Gesetz schließt die Möglichkeit der Umänderung des Gesellschaftsgegenstandes durch die neuen Gesellschafter keinesfalls aus. Die Aktien und Gechäftsanteile sind frei veräußerlich. Auch der Neuerwerber ist Gesellschafter im Sinne des Gesetzes.

Es ist auch gleichgültig, ob es sich um eine wesentliche Änderung handelt oder nicht, ob der neue Gegenstand des Unternehmens noch in irgend einem Zusammenhange mit dem früheren steht, das Wesen des Unternehmens also nicht berührt. De lege lata ist dafür keine Handhabe gegeben, und de lege ferenda wäre eine derartige Bestimmung unzweckmäßig und würde auch in ihrer Durchführung auf zu große Schwierigkeiten stoßen.

Dasselbe, was über die Änderung des Gegenstandes des Unternehmens gesagt wurde, gilt in gleicher Weise für den Sitz der Gesellschaft und die Firma. Auch diese können von den alten oder neuen Gesellschaftern geändert werden, ohne den rechtlichen Bestand der Gesellschaft irgendwie zu berühren.

Ferner kann eine AG. oder GmbH. nur entstehen, wenn ein Grund- bezw. Stammkapital vorhanden ist. Nach § 182 HGB., § 3 GmbH.Ges. muß die Höhe des Grundkapitals [4]) im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein. Voraussetzung für die Eintragung ist, daß wenigstens ¼ des Nennbetrages der Aktien oder Geschäftsanteile eingezahlt ist (§ 195 Abs. 3 HGB., § 7 Abs. 2 GmbH.Ges.). Die Erfüllung der Einlagepflicht gehört also nur teilweise notwendig in das Errichtungsstadium. Für die Entstehung der Gesellschaft hat das Grundkapital im übrigen weiter keine Bedeutung.

---

2) Strauss, S. 28.
3) vgl. oben § 1.
4) Wenn im folgenden nur von Grundkapital gesprochen wird, so ist damit in gleicher Weise das Stammkapital der GmbH. gemeint.

Bei der Anmeldung der Gesellschaft im Handelsrregister ist die Erklärung abzugeben, daß diese Summe bar eingezahlt ist und sich im Besitze des Vorstandes befindet. Diese Bareinzahlung wird vom Mantelkäufer vermieden, wie überhaupt von jedem, der bloß eine wirtschaftliche Neugründung vornimmt. Um in dieser Unterlassung der Bareinzahlung eine unzulässige Gesetzesumgehung festzustellen, müßte es sich zunächst einmal um eine zwingende Gesetzesvorschrift handeln. Daß dies nicht der Fall ist, ergibt sich schon aus der Einschränkung, die die §§ 195 HGB. und 7 GmbH.Ges. selbst machen. Die Vorschrift gilt nämlich nicht, soweit es sich nicht um eine, wenn auch nur teilweise Sachgründung handelt, oder, wie das Gesetz sagt, „soweit nicht andere als durch Bareinzahlung zu leistende Einlagen bedungen sind." Es ist also nicht erforderlich, daß Sacheinlagen zur Zeit der Anmeldung bereits geleistet sind und sich im Besitze des Vorstandes befinden [5]). Die erwähnten Vorschriften sind demnach in ihrer Bedeutung stark eingeschränkt. Ein unbedingtes Gründungserfordernis kann in ihnen nicht gefunden werden, denn eine Bareinzahlung ist nicht kennzeichnend für jede Neugründung. Den Bestimmungen über die Bareinzahlung kommt vielmehr nur formelle Bedeutung zu, wie auch Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt haben [6]). Das ergibt sich aus folgender Erwägung: Einer Gesellschaft kann zwar die Eintragung ins Handelsregister verweigert werden, wenn ein Viertel des Grundkapitals nicht in bar eingezahlt ist, ausgenommen natürlich, wenn es sich um eine Sachgründung handelt. Die Gültigkeit einer trotzdem eingetragenen Gesellschaft kann aber nicht in Frage gestellt sein. Das folgt aus § 309 HGB. und § 75 GmbH.-Ges., wo die Vorschriften über die Bareinzahlung unter den Voraussetzungen für die Nichtigkeitsklage nicht mit aufgezählt sind. Auch wenn man auf dem Standpunkt steht, daß die Aufzählung in den genannten Paragraphen nicht erschöpfend sei, so fällt doch der Fall, daß ein Viertel des Grund- oder Stammkapitals nicht in bar eingezahlt ist, nicht unter die Gründe, auf die eine Nichtigkeitsklage gestützt werden kann, weil das Fehlen der Bareinzahlung keinen wesentlichen Mangel darstellt [7]). Die Nichtbeachtung der §§ 195 Abs. III HGB. und 7 Abs. II GmbH.Ges. zieht daher keine irgendwie gearteten Folgen nach sich. Wenn dadurch noch nicht einmal eine rechtliche Neugründung ungültig wird, dann kann eine wirtschaftliche Neugründung, also auch der Mantelkauf, ebenfalls nicht unwirksam sein.

Regelmäßig wird aber der Mantelkäufer dadurch nichts sparen können, daß er diese 25% des Grundkapitals nicht zu leisten braucht. Er hat nur den Vorteil, daß er sie nicht sofort zahlen muß. Denn er will doch durch den Betrieb seines Unternehmens Gewinn erzielen. Die Dividende, auf die er als Aktionär allein angewiesen ist, kann

---

5) vgl. Staub-Pinner, § 195, Anm. 20; JFG. Bd. 11, S. 224.

6) vgl. RGZ. Bd. 82, S. 282 und Bd. 58, S. 55; Staub-Pinner, § 309, Anm. 3; Brodmann AG., § 195, Anm. 3c; Hachenburg, GmbH. § 7, Anm. 13 ff.; Scholz, § 7, Erl. II, 4.

7) Ebenso Staub-Pinner, § 309, Anm. 3.

aber erst dann ausgeschüttet werden, wenn die Jahresbilanz einen Reingewinn aufweist. Von einem Gewinn kann solange nicht die Rede sein, als das tatsächlich vorhandene Reinvermögen der Gesellschaft das Grundkapital nicht erreicht. Es ist also erforderlich, daß das fehlende Grundkapital durch irgendwelche Aktivposten in der Bilanz ausgeglichen wird. Dies kann entweder durch das eingebrachte Unternehmen geschehen, dann wäre gemäß § 195 HGB. eine Bareinzahlung sowieso nicht erforderlich. Oder von dem in der ersten Zeit erzielten Gewinn muß erst ein Teil zur Deckung des Grundkapitals verbucht werden. Dadurch wird die Dividende verringert, so daß der Mantelkäufer mittelbar gezwungen wird, das Grundkapital doch erst aufzufüllen. Er hat also lediglich den Vorteil, daß er die 25% des Grundkapitals zu einem beliebigen Zeitpunkt einzahlen kann. Natürlich ist es möglich, daß der Mantelkäufer aus der Gesellschaft Kapital schlägt, ohne daß die Bilanz einen Gewinn aufweist. Das hat aber mit dem Mantelkauf unmittelbar nichts mehr zu tun. Ein derartiges bedenkliches Vorgehen ist jedem Majoritätsbesitzer möglich. Man kann nicht sagen, daß dies nur eine Folge des Mantelkaufs ist, und deshalb mit dieser Begründung jeden Mantelkauf bekämpfen und ablehnen.

Auch die Gesellschaftsgläubiger werden in keiner Weise gefährdet. Ihre Stellung ist beim Mantelkauf die gleiche wie bei einer rechtlichen Neugründung. Die Bedeutung des Grundkapitals beginnt in der Hauptsache erst nach der Gründung, wenn die Gesellschaft entstanden ist und der Betrieb des Unternehmens aufgenommen werden soll. Die Gesellschaft ist jetzt Rechtspersönlichkeit und Träger von Rechten und Verbindlichkeiten. Zur Haftung für ihre Verbindlichkeiten ist das Gesellschaftsvermögen bestimmt. Grundkapital und Gesellschaftsvermögen sind unterschiedliche Begriffe. Nur zu Beginn der Gesellschaft ist einmal der Fall denkbar, daß Grundkapital und Gesellschaftsvermögen sich decken. Sofort nach Aufnahme der geplanten Tätigkeit sind Vermögen und Grundkapital nicht mehr gleich hoch. Das Vermögen ist ständig großen Schwankungen ausgesetzt. Das hat aber weder auf den rechtlichen Bestand der Gesellschaft irgend einen Einfluß, noch können die Gesellschaftsgläubiger dagegen einschreiten. Die Festsetzung des Grundkapitals stellt keine Leistung dar. Es dient nur als Haftsumme der Gesellschaft ihren Gläubigern gegenüber, es hat die Aufgabe eines Garantiefonds zugunsten der Gläubiger [8]).

Beim Mantelkauf ist die Lage genau die gleiche. Auch hier wird der Schutz der Gläubiger in keiner Weise beeinträchtigt. Der Mantelkäufer unterläßt nur eine neue Festsetzung des Grundkapitals, „wie er ja überhaupt den Neuabschluß eines Gesellschaftsvertrages vermeidet“ [9]). Er unterliegt aber denselben Beschränkungen, denen eine jede bestehende Gesellschaft auf Grund der Festsetzung des Grundkapitals in ihrer Satzung unterworfen ist. Auch hier dient das Grund-

8) vgl. Staub-Pinner, § 178, Anm. 20.
9) Strauss, S. 34.

kapital als Haftsumme den Gesellschaftsgläubigern gegenüber. Außerdem muß ein Reservefonds zur Deckung etwaiger späterer Verluste gebildet werden. Eine Umgehung einer den Schutz der Gläubiger bezweckenden Vorschrift liegt nicht vor.

Die Gesellschaft soll in der Regel dem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts dienen und dieses verlangt erhebliches Kapital. Ist die Gesellschaft, deren Mantel erworben wird, mittellos, so muß der Mantelkäufer, ebenso wie die ursprünglichen Gesellschafter, erst das Grundkapital auffüllen oder der Gesellschaft neue Mittel zuführen, ehe die Bilanz einen Gewinn aufweisen kann. Irgend welchen Schiebungen ist hier der Boden entzogen. Es ist dafür gesorgt, daß erst das nötige Kapital, also ein genügender Schutz der Gläubiger vorhanden sein muß, ehe der Mantelkäufer selbst Gewinn erhält. Wie bei jeder Gesellschaft ist auch hier das Grundkapital als Haftsumme für die Gesellschaftsgläubiger vorhanden. Ferner besteht noch eine Sicherung darin, daß das Grundkapital nach den Bestimmungen der Goldbilanzverordnung und GmbH.Novelle eine bestimmte Höhe aufweisen muß.

Es kann also auch nach diesen Erwägungen weder etwas Ungesetzliches noch etwas Sittenwidriges im Mantelkauf gefunden werden.

§ 7. Der Mantelkauf und die Vorschriften über Sachgründungen. (§§ 186 ff., 207, 279 HGB. und §§ 5, 55, 56 GmbH.Gesetz).

Es ist ferner zu untersuchen, ob der Mantelkauf dann gegen das Gesetz verstößt, wenn ein Unternehmen als Sacheinlage bei einer Kapitalserhöhung in die Gesellschaft eingebracht wird, ohne Beobachtung der Vorschriften über Sacheinlagen bei einer Neugründung. Wegen ihrer rechtlichen Verschiedenheit müssen AG. und GmbH. hier getrennt behandelt werden.

Bei der GmbH. ist die Beurteilung einfach. Maßgebend sind hier die §§ 55 und 56 GmbH.Ges. Nach § 56 muß der Kapitalserhöhungsbeschluß in gerichtlicher oder notarieller Urkunde aufgenommen sein und die Person desjenigen, der die Einlage zu leisten hat, der Gegenstand der Einlage sowie deren Geldwert angegeben sein. Diese Vorschrift hat der Mantelkäufer zu beachten. Die gleichen Grundsätze sind aber auch gemäß § 5 GmbH.Ges. für Sacheinlagen bei einer rechtlichen Neugründung gegeben. Da die Rechtslage beim Mantelkauf also nicht günstiger ist als bei einer Neugründung, Sacheinlagen vielmehr in beiden Fällen nach den gleichen Grundsätzen behandelt werden, kommt eine Umgehung durch den Mantelkauf nicht in Frage. Eine Unzulässigkeit kann deswegen in ihm nicht erblickt werden.

Wesentlich anders und schwieriger gestaltet sich die Lage bei der AG. Die Vorschriften über Sacheinlagen sind ganz verschieden, je nachdem diese bei der Gründung oder bei der Kapitalserhöhung geleistet werden sollen.

Für Sacheinlagen bei einer Kapitalserhöhung gilt die Vorschrift des § 279 HGB. Danach müssen in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals der Gegenstand der Einlage, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Betrag, der für die Einlage zu gewährenden Aktien festgesetzt werden. Die Regelung ist also die gleiche wie bei der GmbH. Bei der Anmeldung ins Handelsregister sind gemäß § 284 Ziff. 2 HGB. die Verträge beizufügen, die diesen Festsetzungen zugrunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind. Wesentlich schwieriger ist die Regelung der Sacheinlagen bei einer rechtlichen Neugründung. Auch hier sind die Sacheinlagen gemäß § 186 Abs. II HGB. im Gesellschaftsvertrag festzusetzen. Darüber hinaus erfolgt eine mehrfache Nachprüfung. Zunächst haben die Gründer in dem sogenannten „Gründerbericht" die Angemessenheit der gewährten Beträge darzulegen und außerdem in dem gerade beim Mantelkauf häufigen Falle des Übergangs eines Unternehmens auf die Gesellschaft die Betriebserträgnisse aus den letzten beiden Geschäftsjahren anzugeben (§ 191 HGB.). Hierauf folgt eine doppelte Prüfung der Gründung, einmal durch Vorstand und Aufsichtsrat und zweitens durch besondere Revisoren, die durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ oder das zuständige Gericht berufen werden (§ 192 HGB.). Diese Prüfung dient den Interessen der Aktionäre und der Allgemeinheit, die ja das sogenannte „Gründungsgutachten", das ein Bild von der wirtschaftlichen Grundlage der Gesellschaft bietet, einsehen können.

Der Mantelkäufer vermeidet hier ein kostspieliges, unter Umständen schwerfälliges und zeitraubendes Verfahren. Ferner hat er den großen Vorteil, seine wirtschaftlichen Verhältnisse nicht offen darlegen zu müssen, was „bei gewissenhaften Gründungen als sachlich überflüssig, bei gewissenlosen Gründungen als hinderlich und gefährlich empfunden wird" [1]). Ob sein Vorgehen als zulässig betrachtet werden kann, hängt von dem Zweck ab, den die §§ 186 ff. und 275 HGB. verfolgen, und ob dieser Zweck vom Mantelkäufer vereitelt und deshalb das Gesetz umgangen wird.

Der Gesetzgeber wollte mit den Bestimmungen der §§ 186 ff. Aktionäre, Gründer sowie Dritte gegen unlautere Gründungen schützen. Es soll dafür Sorge getragen werden, daß die Minderung des Gesellschaftsvermögens durch belastende Verträge oder zu hohe Bewertung von Sacheinlagen „für alle wirklich Beteiligten erkennbar und zum Gegenstand bewußter Entschließung gemacht wird" [2]). Dieser Schutz ist durch die §§ 207 und 208 HGB. weiter ausgedehnt. Danach bedürfen Verträge der Gesellschaft, nach denen sie vorhandene oder herzustellende Anlagen, die dauernd zu ihrem Geschäftsbetrieb bestimmt sind, oder unbewegliche Gegenstände für eine den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll, zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Generalversammlung, falls sie vor dem Ablauf von 2 Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft

1) Brodmann, AG., § 207, Anm. 1.
2) Staub-Pinner, Einl. zu § 186.

in das Handelsregister geschlossen werden. Aus dieser zeitlichen Beschränkung ergibt sich, daß der Gesetzgeber die Gründungsvorschriften tatsächlich nur auf rechtliche Neugründungen angewandt wissen wollte. Mit dem Abschluß von 2 Jahren betrachtet der Gesetzgeber die Gründung also praktisch für abgeschlossen und gibt die Kontrolle über die Gesellschaft auf. Wenn dann später noch Sacheinlagen bei einer Kapitalserhöhung geleistet werden, so begnügt er sich mit den wesentlich schwächeren Bestimmungen des § 279 HGB.

Ob sich allerdings der Gesetzgeber der Tragweite seiner Regelung bewußt gewesen ist, daß nämlich nach Ablauf der ersten 2 Jahre ein neues Unternehmen ohne jede Erschwerung entstehen kann, ist zweifelhaft. Das kann aber auch nicht entscheidend sein. Nach dem Gesetz ist eine wirtschaftliche Neugründung über den erleichterten Weg des § 279 HGB. möglich. Ein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers ist nicht erkennbar.

Es ist überhaupt die Frage aufzuwerfen, ob der Mantelkauf schlechthin den wirtschaftlichen Neugründungen gleichgestellt werden kann, ob also das neue Unternehmen gemäß § 279 HGB. eingebracht werden kann. Indes wird man die Frage bejahen müssen. Die rechtliche Stellung des Mantelkäufers ist die gleiche wie die des einzigen Gesellschafters, der eine bestehende AG. benutzt, um ein neues Unternehmen zu beginnen. Der einzige Unterschied besteht darin, daß der Mantelkäufer bisher ja meist der Gesellschaft als Fremder gegenübergestanden hat. Das kann aber an seiner rechtlichen Stellung nichts ändern. Ein völliger Gesellschafterwechsel ist vom Gesetz gestattet. Der rechtliche Bestand einer Gesellschaft wird dadurch in keiner Weise beeinflußt. Der Erwerber rückt in die Stellung des Veräußerers ein und hat dieselben Befugnisse wie dieser. Auch er hat die Möglicheit, der AG. ein neues Unternehmen zuzuführen. Aus dem Gesetz ist nirgends zu entnehmen, daß beim Wechsel des Aktienbesitzes diese Möglichkeit ausgeschlossen sein soll, auch wenn der Aktienerwerb nur zu diesem Zweck erfolgt ist. Daraus ergibt sich, daß gegen den Mantelkauf auch dann nichts einzuwenden ist, wenn er nur zur Vermeidung der bei einer rechtlichen Neugründung durch die §§ 186 ff. HGB. begründeten Schwierigkeiten erfolgt [3]). Diese Folgerung mag in einigen Fällen unerwünscht sein, ist aber de lege lata einwandfrei.

An der Entscheidung ändert sich auch nichts, wenn das alte Unternehmen der Gesellschaft schon längst stillgelegt war, wie z. B. beim Mitropafall. Ohne Zweifel können in einem solchen Fall die alten Gesellschafter nach Jahren ihr Unternehmen wieder in Betrieb nehmen. Man kann ihnen auch nicht das Recht abstreiten, nach Jahren ein völlig anderes Unternehmen mit der alten Gesellschaft zu beginnen. Nach dem Gesetz steht ihnen der Weg offen, dann das neue Unternehmen unter Beachtung des § 279 HGB. einzubringen. Nach den oben entwickelten Grundsätzen besteht aber diese Möglichkeit

---

3) ebenso Staub-Pinner, § 195, Anm. 14 b und c; Strauss, S. 48.

ebenfalls für den Mantelkäufer. Einen Unterschied in der Richtung zu machen, ob das alte Unternehmen schon längst stillgelegt ist oder nicht, geht also nicht an und ließe sich auch gar nicht rechtfertigen. Warum sollte ein Mantelkauf gültig sein, wenn das alte Unternehmen erst einen Tag oder eine Woche vor dem Erwerb der Anteile stillgelegt ist, dagegen nichtig sein, wenn die Stillegung schon vor Jahren erfolgt ist? Wo sollte man auch die Grenze ziehen?

Auch der Standpunkt des OLG. Dresden ist abzulehnen [4]). Dieses sieht zwar in grundsätzlicher Übereinstimmung mit der hier entwickelten Ansicht keinen Grund, die für die Gründung von Aktiengesellschaften gegebenen Vorschriften anzuwenden, wenn beim Mantelkauf eine Kapitalserhöhung vorgenommen wird. Es sagt aber, daß die Gründungsvorschriften vom Mantelkäufer doch wenigstens entsprechend zu beachten seien, wenn Anhalt oder Verdacht gegeben sei, daß auf diesem Wege unlautere und nicht durchweg einwandfreie Maßnahmen durchgeführt werden sollen. Womit das OLG. Dresden seinen Standpunkt begründen will, ist unklar. Wenn man sagt, der Mantelkauf unterliegt nicht den Vorschriften der §§ 186 ff. HGB., so muß das auch ausnahmslos gelten. Ihn manchmal den Gründungsvorschriften unterwerfen zu wollen, in anderen Fällen aber nicht, geht nicht an und findet im Gesetz keine Stütze.

Der Vorwurf, der Mantelkauf verstoße gegen die für eine Sachgründung gegebenen Vorschriften, verliert weiterhin an Kraft, wenn man bedenkt, daß die Gründer einer AG. diesen Vorschriften, insbesondere der Revision, auch auf andere Weise entgehen können. Die §§ 207 und 186 HGB. regeln zwei Fälle: die Sacheinlage und die Sachübernahme, d. h. den Erwerb von Gegenständen durch Vertrag mit Dritten. Unzweifelhaft ist, daß Sacheinlagen nur auf dem Wege des § 186 eingebracht werden können. Es ist unzulässig, nachträglich auf fällige Barleistungen Sacheinlagen gemäß § 207 zur Verrechnung zu bringen. Hierzu ist eine nachträgliche Änderung des Gesellschaftsvertrages und damit eine Revisorenprüfung erforderlich [5]). Bestritten ist, ob dies auch für Sachübernahmen gilt. Hier stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Die eine [6]) sagt, daß § 186 Anwendung finde, wenn bereits bei der Gründung „feste Abreden" beständen. Sonst wäre der Umgehung Tür und Tor geöffnet. § 207 sei nur ein „äußerstes Schutzmittel", falls solche Abreden erst nach der Gründung getroffen würden. Nach der anderen Ansicht [7]) ist durch § 207 der Schutz des § 186 aufgegeben worden. Zur Begründung wird auf die Entstehungsgeschichte verwiesen. Der Weg des § 207 sei für alle Sachübernahmen freigegeben „ohne Unterschied, ob die Abmachungen schon bei der Gründung der Gesellschaft geplant waren oder nicht". Folgt man dieser Ansicht, so ist die Gesellschaft bereits in

4) Entscheidg. d. OLG. Dresden vom 6. Januar 1931, JFG. Bd. 8, S. 157.
5) so Staub-Pinner, § 186, Anm. 17 b und 18.
6) Staub-Pinner, § 186, Anm. 17 ff.; OLG. Dresden in JFG. Bd. 2, S. 199.
7) Brodmann, AG. § 207, Anm. 7; Fischer, a.a.O. S. 134; KG. in OLGR. Bd. 43, S. 305.

den ersten zwei Jahren in der Lage, den Bestimmungen der §§ 186 ff. zu entgehen. Erst recht muß sie es dann sein, wenn sie diese Zeit bereits überdauert hat.

In den eben erörterten Fällen liegt das Bedenkliche des Mantelkaufs auch nicht darin, daß das eingebrachte Unternehmen etwa zu hoch bewertet wird. Das ist auch bei einer Neugründung möglich. Nur wird bei dieser die Allgemeinheit durch den Revisorenbericht darauf aufmerksam gemacht [8]), während dies beim Mantelkauf unterbleibt. Nach der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes ist aber eine solche Offenlegung der Gesellschaftsverhältnisse durch eine Revision beim späteren Einbringen eines Unternehmens in die Gesellschaft nicht mehr erforderlich. Eine Gesetzesumgehung oder Verletzung kann darin nicht gefunden werden.

§ 8. Die Zulässigkeit des Mantelkaufs.

Es wurde gezeigt, daß der Mantelkauf grundsätzlich mit den Vorschriften des HGB. und GmbH.-Gesetzes vereinbar ist. Auch ein Verstoß gegen die guten Sitten kann allgemein in ihm nicht erblickt werden. Sittenwidrigkeit und Gesetzesumgehung sind nicht gleichbedeutend. Sie können zugleich vorliegen, müssen es aber nicht. Auch wenn eine Gesetzesumgehung nicht vorliegt, kann ein Verstoß gegen die guten Sitten gegeben sein. Entscheidend für eine Sittenwidrigkeit ist das allgemeine Rechtsempfinden, die Anschauung aller „billig und gerecht Denkenden“ [1]). Maßgebend ist, ob nach der tatsächlich in der Volksgesamtheit herrschenden Durchschnittsanschauung ein Verstoß gegen die guten Sitten erblickt wird oder nicht. Die Anschauungen können sich natürlich im Laufe der Zeit wandeln. Wenn der Mantelkauf also auch früher vielleicht aus zutreffenden Gründen abgelehnt werden konnte, so muß doch berücksichtigt werden, daß er sich seit Jahren als zweckmäßige und brauchbare Einrichtung im Wirtschaftsleben eingebürgert hat und daher jetzt nicht mehr als gesetzes- oder sittenwidrig empfunden werden kann [2]). Auf derartige Interessen der Wirtschaft ist Rücksicht zu nehmen. Man kann sie, wie Kißkalt [3]) sagt, „beklagen aber nicht vernachlässigen“. Hinzu kommt noch, daß man den Mantelkauf nicht allgemein verbieten kann, weil er im Einzelfall vielleicht einmal einen „Mißbrauch“ darstellt. „Nur die Sorge vor einem Mißbrauch ist keine genügende Rechtsgrundlage“ [4]).

Der Mantelkauf hat auch sehr viele Berührungspunkte mit der Einmanngesellschaft und der Strohmanngründung. Solange man diese

8) Lautet der Revisorenbericht ungünstig, so kann deshalb die Eintragung der Gesellschaft nicht versagt werden. Es ist Sache der Gründer, wie sie sich dieser Kritik gegenüber rechtfertigen wollen. vgl. Staub-Pinner, § 193, Anm. 6.

1) RGZ. Bd. 84, S. 124.

2) vgl. Feine, a.a.O. S. 446.

3) Bericht d. Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, a.a.O. S. 21.

4) Düringer-Hachenburg, Anh. zu § 182, Anm. 2.

beiden zuläßt, kann man auch dem Mantelkauf, wie gezeigt wurde, nicht für sittenwidrig und ungültig halten. Im Regelfalle werden auch beim Mantelkauf weder staatliche Interessen verletzt noch dritte Personen oder die Gesellschaft selbst geschädigt. Es wären also formale oder andere unerhebliche Gründe, aus denen man den Mantelkauf schlechtlich für unzulässig erachten könnte. Diese können gegenüber dem wirtschaftlichen Bedürfnis nicht ausschlaggebend sein.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß ein Mantelkauf im Einzelfall nicht einmal unzulässig sein kann. Bei jedem Mantelkauf muß freilich geprüft werden, ob nicht besondere Umstände vorliegen, die auf eine Sittenwidrigkeit oder Gesetzesumgehung schließen lassen. Vor allem ist dabei zu untersuchen, ob staatliche Interessen verletzt, die Rechtssicherheit gefährdet oder dritte Personen geschädigt werden. Bei der Mannigfaltigkeit des Wirtschaftslebens wird es natürlich eine Menge derartiger Fälle geben. So wird ein Mantelkauf dann kaum noch mit dem allgemeinen Rechtsempfinden vereinbar sein, wenn der Mantel einer Bergwerksgesellschaft erworben wird, um auf diese Weise für das in den Mantel schlüpfende Unternehmen beim Syndikat eine höhere Umsatzquote zu erzielen[5]). Die Sittenwidrigkeit liegt hier in der Schädigung der übrigen Syndikatsmitglieder. Ferner wird ein Mantelkauf gegen die guten Sitten verstoßen, wenn die Anteile einer allgemein bekannten und angesehenen Gesellschaft, die aber ihren Betrieb eingestellt hat, in betrügerischer Absicht als Mantel für ein anderes Unternehmen aufgekauft werden, um nach außen den Anschein zu erwecken, als handle es sich noch um das alte bekannte Unternehmen. Wegen der bewußten Irreführung der Allgemeinheit ist hier der Mantelkauf als verwerflich abzulehnen. Auch kann das Vorgehen des Mantelkäufers dem Grundsatz der Firmenwahrheit widersprechen, wenn auch nach dem Buchstaben des Gesetzes dagegen nichts einzuwenden ist. Schwieriger ist die Beurteilung, wenn durch den Mantelkauf nur behördliche Anordnungen oder Genehmigungen umgangen werden sollen. Z. B. ein Filmunternehmer, dem die Aufnahme in die Reichsfilmkammer gemäß § 3 des Gesetzes vom 14. 7. 1933 (RGBl. S. 483) i. Vbdg. mit § 5 des Reichskulturkammergesetzes vom 22. 9. 1933 (RGBl. S. 661) abgelehnt worden ist, kauft den Mantel einer Filmgesellschaft, die bereits Mitglied der Reichsfilmkammer ist, und umkleidet damit sein Unternehmen, um so die Mitgliedschaft zu erwerben. Jemand, dem der Gewerbebetrieb wegen Unzuverlässigkeit untersagt (§ 35 GewO.) oder dem die nach §§ 29 ff. GewO. erforderliche Genehmigung nicht erteilt worden ist, umgibt sein Unternehmen mit dem Mantel einer Gesellschaft, die diese Genehmigung bereits hat[6]). Ein Umgehungsgeschäft im Rechtssinne liegt nicht vor. Auch ein Verstoß gegen die guten Sitten wird nicht ohne weiteres gegeben sein. Hier müssen im einzelnen Fall noch besondere Umstände hinzukommen, um den Mantelkauf nichtig

5) vgl. oben S. 13.

6) Zu beachten ist dabei allerdings, daß in vielen Fällen die Genehmigung erlischt, sobald die Gesellschaft ein anderes Unternehmen betreibt.

zu machen. Meist wird dies, wie gesagt, der Fall sein, wenn die Allgemeinheit getäuscht und geschädigt werden soll.

Der Mantelkauf wird also häufig dann als Umgehungsgeschäft oder sittenwidriges Geschäft nichtig sein, wenn es sich nicht nur darum handelt, durch ihn eine Neugründung zu ersparen, sondern man darüber hinaus mit dem Gesellschaftsmantel bestimmte Rechte oder sonstige Vorteile für das neue Unternehmen erwerben will, die man auf dem gewöhnlichen Wege einer Neugründung nicht erreichen kann.

§ 9. Der Gewerkschaftskauf.

Um die rechtliche Gültigkeit des Gewerkschaftskaufs zu erörtern, muß man sich zunächst über folgende Grundbegriffe der Gewerkschaft klar werden.

Nach § 96 ABG. kann die Gewerkschaft unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Bergwerken und Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Nur ihr Vermögen, nicht das der Gewerken, haftet für die Gewerkschaftsschulden (§ 99 ABG.). Damit hat die Gewerkschaft eine eigene Rechtspersönlichkeit, wie in Schrifttum und Rechtsprechung allgemein anerkannt ist [1]). Als juristische Person ist sie unbeschränkt rechts- und handlungsfähig. Sie kann ihren Geschäftsbetrieb auch auf andere Unternehmungen als den Betrieb des Bergwerks, das die Grundlage ihres Entstehens ist, ausdehnen. Sie kann sich auch mit völlig anderen, mit dem Bergbau in keinem Zusammenhang stehenden Unternehmungen befassen. Auch wenn sie sich später ausschließlich anderen Zwecken widmet und das Bergwerk, dem sie ihre Entstehung verdankt, nicht mehr besteht, so hat das noch nicht ihre Auflösung zur Folge [2]). Mit dem § 96 ABG. ist die Handlungsfähigkeit der Gewerkschaft anerkannt. Eine Einschränkung ist im Gesetz nirgends gemacht.

Hieraus ergibt sich, daß sich die Gewerkschaft auch dem Grundeigentümerbergbau widmen kann. Wenn eine preußische Gewerkschaft erworben wird und diese dann zum Betrieb von Grundeigentümerbergbau verwendet wird, so ist dagegen nichts einzuwenden, auch wenn der ursprüngliche Begwerksbetrieb, der zur Entstehung der Gewerkschaft geführt hat, später wieder wegfällt. Im Gesetz findet sich keine Beschränkung dafür. Es gibt keine Bestimmung,

---

1) vgl. Klostermann, Anm. zu § 96, S. 296 ff.; Brassert-Gottschalk. S. 359 und 384; Arndt, S. 115; RGZ. Bd. 3, S. 286 und Bd. 8, S. 222.

2) Brassert-Gottschalk, S. 309; Voelkel, S. 168; Schlüter, S. 73. A. A. Klostermann, Anm. zu § 100, S. 301. Nach ihm ist der Gewerkschaft als einer spezifisch bergbaulichen Gesellschaftsform die Rechts- und Handlungsfähigkeit nur für diejenigen Gebiete ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zu gewähren, die mit dem Betriebe des Bergbaus irgendwelchen Zusammenhang haben. Diese Ansicht findet im Gesetz keine Stütze. In § 96 ABG. ist mittelbar die Rechtspersönlichkeit der Gewerkschaft anerkannt. Eine Einschränkung der Handlungsfähigkeit ist im Gesetz nirgends gemacht. Eingehend wird die Ansicht Klostermanns von Isay (§ 96 Anm. 1) widerlegt.

die einer Gewerkschaft den Betrieb von Grundeigentümerbergbau verbietet[3]). Ein solcher Gewerkschaftskauf rechtfertigt sich aus der allgemeinen Rechts- und Handlungsfreiheit der Gewerkschaft. Es liegt in dem Vorgehen weder eine Sittenwidrigkeit noch ist darin die Umgehung einer gesetzlichen Vorschrift zu erblicken[4]). Auch wenn der Kauf nur durch eine Person erfolgt, ist dagegen nichts einzuwenden. Ebenso wie bei der AG. und GmbH. ist auch hier die Vereinigung sämtlicher Kuxe in einer Hand gestattet.

Schwieriger ist die Beurteilung der Kaufgewerkschaft, wenn außerpreußische Gewerkschaften erworben werden, sei es zum Betrieb von Grundeigentümerbergbau, sei es zum Betrieb eines verliehenen Bergwerks. Eine Umgehung von Gründungsvorschriften kommt hier nicht in Frage, da die Entstehung der Gewerkschaft an keinerlei Formen geknüpft ist. Auf Grund der eigenen Rechtsfähigkeit der Gewerkschaft ist der Erwerber einer außerpreußischen Gewerkschaft nicht daran gehindert, diese in Preußen ein Bergwerk betreiben zu lassen. Die Gewerkschaft ist auch in jedem anderen Staate rechtsfähig. Es darf nur ihr Sitz nicht nach Preußen verlegt werden, sondern muß in dem ursprünglichen Lande bleiben, da die Gewerkschaft sonst ihre Rechtsfähigkeit verliert und aufgelöst wird[5]). Die Gewerkschaft ist aber nicht daran gehindert, neben ihrem eigentlichen Sitz einen sogenannten „Verwaltungssitz" in Preußen einzurichten und dies in der Satzung zum Ausdruck zu bringen[6]).

Ferner werden alle Schwierigkeiten dadurch beseitigt, daß die Gewerkschaft, wie es in der Praxis oft geschehen ist, einen AG.- oder GmbH.-Mantel erwirbt und daß diese AG. oder GmbH. dann das in Preußen gelegene Bergwerk betreibt[7]).

Eine außerpreußische Gewerkschaft ist also nicht daran gehindert, in Preußen Bergbau zu betreiben. Gegen einen Gewerkschaftskauf, der diesen Zweck verfolgt, ist nichts einzuwenden. Im übrigen ist hier irgend welchen Mißbräuchen durch das Gesetz vom 23. 6. 1909 (Ges.Samml. S. 619) ein Riegel vorgeschoben. Für außerpreußische Gewerkschaften ist nämlich nach § 2 l. c. eine Genehmigungspflicht eingeführt, die sich auf den Erwerb von Grundstücken, Bergwerkseigentum, unbeweglichen Bergwerksanteilen und selbständigen Abbaugerechtigkeiten erstreckt. Außerdem bedarf nach § 3 l. c. auch der Betrieb von Bergwerken und sonstigen bergpolizeilich beaufsichtigten Mineralgewinnungen durch eine außerpreußische Gewerkschaft der Genehmigung. Diese Genehmigung wird regelmäßig nur dann erteilt, wenn die Satzung der Gewerkschaft nicht Bestimmungen enthält, die nach den in Preußen herrschenden Verwaltungsgrundsätzen die Genehmigung des Oberbergamts nicht gefunden haben würden

3) ebenso Klostermann, Vorbem. zu § 94, S. 292.
4) ebenso Brassert-Gottschalk, S. 369.
5) Isay, § 209a, Anm. 8; Müller-Erzbach, S. 237; Kast, S. 398; RG. in JW. 1918, S. 510 und LZ. 18, S. 924.
6) Isay, § 209a, Anm. 8; RG. in JW. 1918, S. 305.
7) Isay, § 209a, Anm. 8.

und wenn ferner die Satzung den Bestimmungen des Gesetzes vom 24. 5. 1924 über Aufsichtsräte bei Berggewerkschaften entspricht [8]).

Da die Gewerkschaft auch außerhalb des Bergbaues liegende Geschäfte betreiben kann, so wäre theoretisch der Fall denkbar, daß eine Gewerkschaft nur zu dem Zweck erworben wird, um mit ihr z. B. eine Maschinenfabrik zu betreiben. Tatsächlich wird dieser Fall allerdings kaum eintreten, da ja gerade der Zweck des Mantelkaufs, eine juristische Person mit beschränkter Haftung für ein Unternehmen zu erlangen, durch die bei der Gewerkschaft gegebene Zubußepflicht nicht erreicht wird. Es ist auch kein Fall dieser Art bekannt [9]). Falls der Erwerber aber auf die beschränkte Haftung keinen Wert legt, so wird derselbe Zweck durch eine OHG. oder ein Einzelunternehmen erfüllt. Es ist also auch nicht nötig, auf die rechtliche Zulässigkeit eines derartigen Gewerkschaftskaufs einzugehen.

Schluß:

DER MANTELKAUF DE LEGE FERENDA.

Wie gezeigt wurde, ist allgemein gegen die Zulässigkeit des Mantelkaufs nichts einzuwenden. Besondere Umstände müssen im einzelnen Fall hinzutreten, um in ihm einen Verstoß gegen die guten Sitten zu finden. Trotzdem gibt es einige Fälle, in denen der Mantelkauf zwar bedenklich erscheint, wo aber nach unserm heutigen Recht nicht dagegen eingeschritten werden kann. Wie schon betont wurde, kann hier nur eine Gesetzesänderung helfen. Folgende Hauptmängel hatten sich gezeigt [1]):

1. Es kann in dem erworbenen Mantel ein Unternehmen überführt werden, das entweder zu hoch bewertet wird, so daß die Gesellschaft finanziell schwach dasteht, oder es kann ein Unternehmen in einen zu kleinen Mantel gepreßt werden, so daß das Grundkapital in keinem Verhältnis zu dem tatsächlichen Betrieb steht, ohne daß es, wie bei einer Neugründung, durch den Revisorenbericht offenkundig gemacht wird und Dritte, die mit der Gesellschaft in Verkehr treten wollen, gewarnt werden.

2. Mit der Firma kann Mißbrauch getrieben werden.

3. Es können mit dem Mantelkauf Vorrechte erschlichen werden, die auf andere Weise gar nicht oder nur schwer zu erlangen sind.

Bei einer Reform des Aktienrechts müßte also versucht werden, diesen Mißständen entgegenzutreten. Etwa durch folgende Bestimmungen könnte dies erreicht werden:

1. Bei einem Mantelkauf sind die Bestimmungen der §§ 186, 192—194 HGB. entsprechend anzuwenden.

---

8) vgl. Voelkel, S. 182.

9) Daß die ursprünglichen Gewerken später mit der Gewerkschaft lediglich ein dem Bergbau fernliegendes Unternehmen betreiben, kommt oft vor, gehört aber nicht hierher.

1) vgl. oben § 8.

2. Wird ein neues Unternehmen in den Mantel überführt, so ist eine neue Firma unter Beachtung der §§ 17 ff. HGB. zu wählen.

3. Bei einem Mantelkauf gehen alle der Gesellschaft zustehenden öffentlichen Rechte und Vergünstigungen verloren.

Durch den Mantelkauf würden dann nur noch Zeit und allgemeine Gründungsunkosten erspart werden. Dagegen ist, wie dargelegt wurde, nichts einzuwenden.

LEBENSLAUF.

Am 29. November 1909 wurde ich als Sohn des Bergwerksdirektors Dipl.-Ing. Fritz Danert und seiner Ehefrau Selany geb. Böhm in Zschipkau b. Senftenberg N.-L. geboren. Ostern 1916 trat ich in die dortige Dorfschule ein. Vom Juli 1918 ab besuchte ich das Gymnasium Augustum in Görlitz. An dieser Anstalt legte ich Ostern 1928 die Reifeprüfung ab.

Danach studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften. Ich belegte im 1. und 2. Semester an der Universität in München bei den Herren Professoren Beyerle, Frank, W. Kisch und Nawiasky, im 3. Semester an der Universität in Kiel bei den Herren Professoren Eckhardt, Hedemann, Husserl, Kantorowicz, Opet und Weyl und im 4. Semester an der Universität in Berlin bei den Herren Professoren Dersch, Goldtschmidt, Kipp, Heymann, Nußbaum, Titze und Wolff. Vom 5.—7. Semester studierte ich an der Universität in Halle und nahm an den Vorlesungen und Übungen der Herren Professoren Boehmer, Bilfinger, Finger, Fleischmann, Hein, Kisch, Kitzinger, Ruth, Schmaltz und Schmidt teil.

Am 11. Juni 1932 bestand ich am Oberlandesgericht in Naumburg (Saale) die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 27. Juli 1932 bin ich als Gerichtsreferendar im Bezirk des Kammergerichts tätig.